

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

**LA CLAUSE DE SORTIE DES RELATIONS
CONTRACTUELLES**
Proposition de définition unitaire

Thèse pour le doctorat de droit privé présentée et soutenue publiquement par

BENJAMIN BARTHE

JURY :

MME MARIE LAMOUREUX

Professeur à l'Université du Sud-Toulon Var, *Rapporteur*

M. FRÉDÉRIC BUY

Professeur à l'Université d'Auvergne, *Rapporteur*

MME ISABELLE ARNAUD-GROSSI

Maître de conférences H.D.R. à Aix-Marseille Université

M. JACQUES MESTRE

Professeur à Aix-Marseille Université,

Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique, *Directeur*

Aix-en-Provence – 24 Janvier 2013

Je remercie Monsieur le Doyen Jacques Mestre pour ses enseignements, sa direction et sa patience.

Je remercie également ma famille et mes amis pour leur soutien indéfectible et leur aide précieuse.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

act.	Actualité(s)
<i>Act. proc. coll.</i>	Actualités des procédures collectives
<i>Adde</i>	Ajouter
<i>AJDI</i>	Actualité juridique droit immobilier
<i>al.</i>	<i>Alii</i> , les autres
<i>Arch. phil. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> , Code civil allemand
Bibl. dr. priv.	Bibliothèque de droit privé
Bibl. dr. entr.	Bibliothèque de droit de l'entreprise
<i>Bull. Aix</i>	Bulletin d'Aix
<i>Bull. Ass. plén.</i>	Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly
CA	Cour d'appel
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. 1 ^{ère} civ.	1 ^{ère} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^{ème} civ.	2 ^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^{ème} civ.	3 ^{ème} chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
CE	Conseil d'État
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> , voir
chr.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Comm.	Commentaire
<i>Comm. com. électr.</i>	Communication, commerce électronique

Comp.	Comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Contr., conc., consom.</i>	Contrat, concurrence, consommation
CPC	Code de procédure civile
crit.	Critique
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. trav.	Code du travail
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
doct.	Doctrine
<i>DP</i>	Recueil Dalloz périodique
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
éd.	Édition(s)
ég.	Également
esp.	Espèce(s)
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , dans le même ouvrage
<i>Idem</i>	Identique, même auteur
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides
<i>JCP éd. E</i>	Semaine juridique, édition entreprises
<i>JCP éd. G</i>	Semaine juridique, édition générale
<i>JCP éd. N</i>	Semaine juridique, édition notariale
<i>JCP éd. S</i>	Semaine juridique, édition sociale
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
jur.	Jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
<i>Loyers et copr.</i>	Loyers et copropriété
not.	Notamment
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> , dans l'ouvrage cité
p.	Page
<i>PA</i>	Petites affiches

pan.	Panorama
préc.	Précité
préf.	Préface
Rappr.	Rapprocher
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RD Bancaire et bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>RD bancaire et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RD immo.</i>	Revue de droit immobilier
<i>RD rur.</i>	Revue de droit rural
Rec.	Recueil
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>Rev. sociétés</i>	Revue sociétés
<i>RGAT</i>	Revue générale des assurances terrestres
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJT</i>	Revue juridique Thémis
<i>RLD aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLD civ.</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDF</i>	Revue trimestrielle de droit financier
s.	Suivant(s)
S.	Recueil Sirey
somm. comm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
<i>V°</i>	<i>Verbo</i> , mot
VF	Version française
Vol.	Volume

SOMMAIRE

PARTIE 1

La prévision dans le contrat d'une faculté de sortie

TITRE 1 Une fonction commune

Chapitre 1 Le respect de la durée ou l'absence de droit général de sortie pour perte d'intérêt

Chapitre 2 La prise en compte de l'intérêt contractuel ou la reconnaissance exceptionnelle d'un droit de sortie

TITRE 2 Une nature commune

Chapitre 1 Une nature conventionnelle, source de validité

Chapitre 2 Une nature potestative, source de méfiance

PARTIE 2

La mise en œuvre d'une faculté contractuelle de sortie

TITRE 1 Les modalités de la sortie

Chapitre 1 L'information à temps du cocontractant : modalité obligatoire ?

Chapitre 2 Le prix de la sortie : modalité facultative ?

TITRE 2 Les effets de la sortie

Chapitre 1 Les effets de la sortie réussie

Chapitre 1 Les effets de la sortie « manquée »

*À la mémoire de mon grand-père,
à Nathalie,
à Olivier*

INTRODUCTION

« À quoi sert un terrain de golf ? À jouer au golf. Un court de tennis ? À jouer au tennis. Eh bien ! Un camp de prisonnier, ça sert à s'évader... »¹.

1. Le contrat n'est pas un camp de prisonnier. Le contrat ne « sert » pas à s'évader. Affirmer le contraire serait faire bien peu de cas de la volonté et de la liberté des sujets de droit que sont les parties à un contrat ; que nous sommes tous en définitive. La comparaison pêche, fort heureusement, dans sa généralité. Une fois la phase de formation de la relation dépassée, qui peut toutefois nier que le sentiment d'enfermement peut vite arriver ? Qu'on en juge rapidement au regard des trois histoires qui suivent.

2. En 1995, à Vélizy-Villacoublay, commune du département des Yvelines, un contrat d'exercice médical entre une clinique et trois de ses médecins est rompu sans indemnité par la première, suite à sa décision de fermer l'établissement et en vertu d'une clause des contrats prévoyant que *« si la Clinique [...] cessait d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation, le contrat prendrait fin sans que le cocontractant puisse exiger d'indemnité »*. Quelques mois avant cela, à une vingtaine de kilomètres de la Clinique, dans la capitale, le contrat de travail d'une employée d'une entreprise d'équipement ferroviaire était rompu par son employeur pour faute grave. Ce dernier, demanda alors à la première le remboursement immédiat du montant d'un prêt qu'il lui avait consenti, ce en vertu d'une clause de déchéance du terme incluse dans le contrat prêt et prévoyant justement le remboursement de l'entier montant dans l'hypothèse où la salarié cesserait d'occuper, pour quelque raison et à quelque titre que ce soit, toute fonction dans la société prêteuse. Six années auparavant, toujours à Paris, le propriétaire d'un immeuble, face aux impayés de ses locataires, rompt le contrat de bail en vertu d'une clause résolutoire contenu dans l'acte.

¹ J. RENOIR, Dialogue du film *La Grande illusion*, réal. J. Renoir, 1937.

3. Voici donc trois contractants qui ont nécessairement dû se sentir enfermés dans leur contrat, comme cela arrive tous les jours au demeurant : une clinique qui ferme ses portes n'a plus besoin de médecins, un employeur qui licencie un employé pour faute grave n'a plus de raison de lui accorder un délai pour rembourser une somme prêtée en considération de sa qualité de salarié et le propriétaire d'un bien immobilier n'a plus de raison non plus de louer son bien à une personne qui ne paie pas pour cela. La clause mise en œuvre dans chacune de ces affaires permet alors de s'évader de cet enfermement survenu en cours d'exécution ; et ce type de clause est précisément l'objet de l'étude que nous nous proposons de réaliser.

4. L'intérêt de présenter notre sujet par ces trois affaires ne réside pourtant pas dans la « révélation » de la possibilité d'être enfermé dans le contrat : il est évident qu'un engagement volontaire, comme bien d'autres choses, peut se « retourner » contre celui qui le prend. C'est le traitement judiciaire de l'outil permettant de remédier à cet enfermement qui doit interpeller le contractualiste. Dans la première affaire, la Justice est saisie par les médecins qui mettaient en avant le caractère potestatif de la clause, puisque la clinique pouvait à tout moment décider de cesser son activité. Mais il a finalement été jugé que la clause « *n'était pas purement potestative* » et qu'elle « *n'avait été mise en oeuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles* »². Dans la seconde, au même grief soulevé par la salariée estimant à raison que l'employeur a un pouvoir sur sa présence dans l'entreprise, il est répondu que la clause « *ne constitue pas une condition purement potestative de celui qui s'oblige au remboursement du prêt dès lors que l'anticipation de ce remboursement relève tant de l'initiative de l'employeur en cas de licenciement que de celle du salarié en cas de démission* »³. Dans la dernière, il fut indiqué au bailleur, demandant au juge du contrat que soit exécutée sa décision, qu'il ne pouvait se prévaloir de la clause résolutoire, car il n'avait pas fourni certains documents au locataire au cours de la relation et se trouvait alors directement être à l'origine des impayés⁴.

5. Trois clauses apparemment différentes dans des contrats certainement différents mais, nous semble-t-il, un traitement unitaire du contentieux dont elles sont la

² Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 257; *RTD civ.* 2002, p. 97, n° 9, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2002, art. 37486-8, p. 251, note R. LIBCHABER ; *JCP éd. G* 2002, I, 134, obs. J. ROCHFELD ; *D.* 2002, p. 2839, obs. D. MAZEAUD.

³ Cass. soc., 4 déc. 2002, n° 00-45.550, *inédit*.

⁴ CA Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 515, note Y. PICOD ; *RTD civ.* 1992, p. 92, obs. J. MESTRE.

source. C'est que les apparences, même tenaces, sont trompeuses. Notre démarche tend précisément à le vérifier.

I. La sortie de la relation contractuelle

6. Inutile d'entretenir une quelconque ambiguïté improductive : l'étude à laquelle nous nous proposons de procéder concerne *la rupture du contrat*. C'est dire que, malgré l'intitulé choisi, il n'est question de rien d'autre que de la cessation d'un rapport contractuel. Il faut être clair : *sortir* du contrat c'est bien souvent *rompre* le contrat. Pourquoi, alors, traiter de *la sortie* lorsqu'on pourrait tout aussi bien se pencher sur *la rupture du contrat* ? Pour plusieurs raisons, qui doivent conduire à éclairer l'intérêt du sujet.

7. **Sortie et rupture.** La sortie n'est pas une notion connue du Code civil, ni même balisée par la doctrine ou la jurisprudence. *Sortir*, dans son acception la plus commune, signifie « *passer du dedans au dehors* »⁵, « *aller hors d'un lieu* »⁶. Employé en la matière juridique, il s'agit d'un terme générique, comme celui de « rupture » : c'est ainsi que la *clause de sortie* est présentée comme celle qui permet à un associé de sortir de la société en cas de survenance de certains événements⁷. Sauf que le terme de « rupture » est fréquemment utilisé, par la loi, le juge et les contractants, et peut être défini comme « *la dissolution juridique d'un lien de droit par l'effet de causes que la loi détermine suivant la nature du lien* »⁸. Il est manifestement tombé dans le domaine commun : n'importe quelle personne est susceptible, au cours de sa vie, d'annoncer à bon escient qu'elle va « *rompre un contrat* ». À l'inverse, nous venons de signaler le seul exemple, à notre connaissance, d'emploi du vocable « sortie » dans le droit des contrats français.

8. **Rupture du contrat et insuffisance de la théorie générale.** Mais si, instinctivement, on perçoit mieux le sens de l'expression *rompre son contrat* que la signification de la locution *sortir de la relation contractuelle*, il reste que *la rupture du contrat* ne renvoie pas pour autant à un mécanisme juridique autonome, établi dans son

⁵ *Le Littré*, V° Sortir.

⁶ *Le Petit Robert*, V° Sortir.

⁷ V. par ex. H. LE NABASQUE, P. DUNAUD et P. ELSÉN, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires, Actes pratiques*, oct. 1992, n° 25. Cf. *infra*. V. ég. T. BONNEAU, E. LE DOLLEY et H. LE NABASQUE (dir.), *La sortie de l'investisseur*, Litec-LexisNexis, 2007.

⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009, V° Rupture. La « sortie » n'a pas son entrée dans ledit ouvrage.

régime. Clairement, *la rupture du contrat*, du point de vue de la théorie générale des obligations, ne représente quasiment rien. Il n'est guère question que de l'extinction des obligations⁹, phénomène plus « technique » que la rupture du contrat à laquelle il ne conduit d'ailleurs pas forcément. Lorsque cette dernière est clairement visée, ce n'est qu'au titre de contrats spéciaux. Ainsi le Code du travail traite-t-il, en son titre III, de la « *rupture du contrat de travail à durée indéterminée* »¹⁰. Dans le Code civil, c'est souvent le vocable de *résiliation* qui est employé pour désigner le mécanisme : le contrat de bail est résilié de plein droit en cas de destruction totale de la chose par cas fortuit¹¹, le bailleur peut « *faire résilier le bail* » en certaines circonstances¹² et le maître de l'ouvrage peut résilier le marché à forfait¹³. D'autres termes existent encore, désignant tous cette idée de rupture : la *révocation* du mandat¹⁴ ou la *renonciation* du mandataire, par exemple. Cette polysémie et la méthode légale de traitement de la question – contrat après contrat – donnent alors, forcément, l'impression qu'il ne peut exister de régime général de la rupture, entendu comme un ensemble de règles concernant la dissolution juridique du rapport contractuel et applicables par défaut à tout type de relation contractuelle.

9. Sources de l'insuffisance. La raison est à rechercher dans la méthode employée par les rédacteurs du Code civil pour l'élaboration du Titre III du Livre II du Code civil. Déjà, il nous semble que l'on occulte trop souvent que la théorie générale des obligations est construite, le plan du Code en atteste, au regard de l'objectif de réglementation « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* » ; ce qui, ensuite, a pu conduire assez naturellement les rédacteurs à employer comme modèle le contrat de vente pour la conception de la théorie générale¹⁵. Comme le relève fort justement un auteur, « *l'inadéquation des dispositions du Code civil résulte de ce que celui-ci raisonne sur l'exemple paradigmatique d'un contrat à exécution instantanée du type contrat de*

⁹ V. le Chapitre V du Code civil, article 1234.

¹⁰ Intitulé du Titre III du Livre II du Code du travail, articles L. 1231-1 et s. V. ég. les articles L. 1243-1 et s., consacrés à la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée.

¹¹ Article 1722 du Code civil.

¹² Article 1729 du Code civil. Il est alors précisé à l'article 1760, lorsqu'il s'agit d'un bail à loyer, qu'en « *cas de **résiliation** par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus* » (nous soulignons). V. ég., en matière de baux à ferme, l'article 1766 du même Code.

¹³ Article 1792 du Code civil.

¹⁴ V. l'article 2003 du Code civil.

¹⁵ Rappr. J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 et s., spéc. n° 1 : « [...] on chercherait vainement aux articles 1102 et suivants une quelconque distinction des contrats à exécution instantanée et de ceux à exécution successive. Les codificateurs avaient en tête, en effet, les seuls contrats à exécution instantanée. Ils n'ont pas intégré le mode d'exécution temporel du contrat dans leur préoccupation »

vente. Dès lors, pour le Code civil, la question de la rupture du contrat ne concerne vraiment que l'hypothèse de la résolution pour inexécution »¹⁶.

10. Résolution pour inexécution. Ce n'est pas dire, bien entendu, qu'il n'existe aucune disposition légale appartenant à la théorie générale et qui concernent la fin du contrat. Outre le chapitre consacré à l'extinction des obligations, trois dispositions, essentiellement, concernent la rupture du contrat : les articles 1134, 1183 et 1184 du Code civil. Mais l'alinéa 2 de la pierre angulaire du droit des contrats se contente d'évoquer le *mutuus dissensus* et « *les causes que la loi autorise* » ; autrement dit l'évidence, car ce qui est fait à deux peut se défaire à deux et il est normal que la loi, qui donne sa valeur à l'accord contractuel, puisse également prévoir les cas dans lesquels cette valeur doit s'effacer. La seule rupture véritablement envisagée par le Code aux articles 1101 à 1369-11 est donc la *résolution*. Et celle-ci n'est pas contenue dans une section consacrée à la fin du contrat, ni même à l'extinction d'une obligation¹⁷, puisqu'elle est traitée au titre des modalités qui peuvent affubler cette dernière : la résolution d'une obligation est susceptible d'être conditionnée à la survenance d'un événement incertain – article 1183 –, sachant que cet événement peut être l'inexécution par l'autre partie du contrat, auquel cas le créancier peut demander la résolution au juge – article 1184¹⁸. « Résolution » et « inexécution » : n'est-on pas là bien loin de ce que l'on pourrait attendre d'une règle générale de la rupture du contrat ? Oui, apparemment. Il existe manifestement une double restriction : on ne parle pas de rupture mais de « résolution » et celle-ci n'est envisagée que pour une « inexécution ». Point donc de *rupture du contrat*, mais la possibilité de saisir le juge en cas d'inexécution pour qu'il prononce la résolution.

11. Pourtant, au-delà de cet apparent manque de « généralité » et du choix de traiter de cela au titre des modalités de l'obligation, il existe les ferments d'une théorie générale de la rupture du contrat. À tout le moins, nous tenterons de démontrer que la condition résolutoire doit jouer un rôle dans l'établissement du régime des clauses de sortie ; et ce rôle n'est pas différent de celui qui nous paraît lui avoir été attribué par les

¹⁶ M. FABRE-MAGNAN, *La rupture du contrat : une occasion manquée de réforme*, in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparée, 2010, p. 193 et s., spéc. p. 194.

¹⁷ L'article 1234 du Code civil, constituant le chapitre traitant de l'extinction des obligations, évoque tout de même la condition résolutoire.

¹⁸ Nous avons conscience de prendre d'emblée un parti – que nous n'abandonnerons plus par la suite – car nous aurions pu écrire : « *la résolution d'une obligation est susceptible d'être conditionnée à la survenance d'un événement incertain – article 1183 – et en cas d'inexécution par l'autre partie du contrat, le créancier peut demander la résolution au juge – article 1184* ».

rédacteurs du Code civil ou, même encore plus tôt, par le droit romain : ne peut-on pas faire un rapprochement légitime entre la convention qui pouvait accompagner le contrat de vente et permettant au vendeur de le résilier s'il trouve dans un certain délai de meilleures conditions – *in diem addictio*¹⁹ – et la *clause anglaise*²⁰ ?

12. Résolution pour inexécution et résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. Encore aujourd'hui, la rupture du contrat est bien souvent envisagée au travers de deux hypothèses seulement²¹ : la résolution pour inexécution de tout type de contrat et la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. Ces deux situations absorbent en quelque sorte la presque totalité du contentieux et, surtout, l'attention de la doctrine comme du législateur : la résolution extrajudiciaire admise par la jurisprudence²² fait couler beaucoup d'encre, et l'on évoque la possibilité de l'insérer dans la loi²³, encore tout récemment²⁴ ; on envisage, d'un autre côté, la rupture abusive des contrats à durée indéterminée²⁵, une rupture brusque ou exercée sans motifs légitimes, et l'on a inscrit dans la loi la sanction de la rupture brutale des relations commerciales établies²⁶, lorsqu'en même temps on s'interroge sur l'opportunité d'imposer une éventuelle obligation de motivation²⁷.

¹⁹ V. par ex. J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2010, n° 650 et s., p. 967 et s. ; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2009, mis à jour par E. CHEVREAU, pp. 292-293 ; P. F. GIRARD, rééd. par J.-P. LEVY, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2003, pp. 764-765.

²⁰ Cf. *infra*.

²¹ Le domaine particulier de la rupture du contrat de travail est également très emprunté. Mais cela nous semble justifié par le fait que le régime de ce contrat est un outil juridique au service d'une politique sociale.

²² V. déjà Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *D.* 1999, somm. comm., p. 115, obs P. DELEBECQUE ; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *JCP éd. G* 1999, II, 10133, note RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, art. 36953, n° 17, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 506, obs. J. RAYNARD. V. depuis Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *Bull. civ.*, I, n° 211 ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. AYNES et p. 277, obs. D. MAZEAUD ; *JCP éd. G* 2004, II, 10108, note C. LACHIEZE ; *Defrénois* 2004, art. 37894, n° 24, obs. R. LIBCHABER ; *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 4, obs. L. LEVENEUR. V. encore Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2007, n° 06-12426, *inédit*.

²³ V. ainsi les articles 1158 de l'« Avant-projet Catala », 109 de l'« Avant-projet Terré », et 168 du Projet de la Chancellerie.

²⁴ V. le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; *D.* 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE. L'article 3, 8° dudit projet prévoit notamment d'« introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification ».

²⁵ V. déjà Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1985, *Bull. civ.*, I, n° 54 : « dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties ».

²⁶ V. l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce

²⁷ V. not. sur le sujet, M. FABRE-MAGNAN, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 ; T. REVET, *L'obligation de*

13. La rupture avant terme d'un contrat à durée déterminée n'est donc généralement abordée que lorsqu'il s'agit de résoudre le contrat qui serait inexécuté ou encore de sanctionner sa rupture brutale ou exercée sans droit – car c'est alors une inexécution frontale du contrat. « Rupture » et « sanction », voici des termes qui, depuis trop longtemps, sont systématiquement associés pour s'expliquer l'un l'autre. Car, nous enseigne-t-on, on résout le contrat pour sanctionner le débiteur fautif. La résolution, mode de rupture, ne serait en fait qu'une sanction de l'inexécution. C'est donc dire que la résolution n'appartient pas à ce mécanisme plus large que serait la rupture, mais n'est pour le Code qu'une composante de la théorie des modalités de l'obligation ou, pour la doctrine contractualiste, l'une des sanctions possibles de l'inexécution, propre aux contrats synallagmatiques. Ainsi peut-on lire dans une étude relativement récente consacrée à la « *résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée* » que « *la cause de la résolution, à savoir l'inexécution du contrat par le débiteur, en fait sa spécificité. Elle est un mode de sanction du comportement préjudiciable du contractant [...]* »²⁸.

14. La rupture se trouve ainsi dans l'ombre projetée par deux tendances tenaces : l'appréhension strictement pathologique, d'une part, de ce phénomène par la loi ou la jurisprudence, en ce sens que l'on ne traite que de la rupture pour faute ou de la responsabilité de celui qui rompt ; l'emploi dogmatique, d'autre part, d'une terminologie franchement embarrassante, prenant plus de place dans le débat qu'elle ne le devrait car elle explique bien moins de choses qu'elle ne provoque de questionnements : parce qu'il s'agit principalement, en définitive, d'opposer la *résolution* à la *résiliation*. Mais ne peut-on pas, encore aujourd'hui²⁹, étudier la rupture du contrat pour elle-même ? Car il est impossible, dans ce cadre extrêmement réduit, de correctement appréhender le phénomène de la rupture en général, et celui de la rupture anticipée d'une relation contractuelle à durée déterminée en particulier. L'attention est toute entière tournée vers la rupture qui répond à une inexécution ou celle exercée sans motifs en vertu du droit de résilier unilatéralement une relation conclue pour une durée indéterminée.

15. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que l'on ne se soit guère penché sur la fonction de la rupture, sur l'objectif réellement poursuivi par son auteur : dans le dernier

motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, RDC 2004, p. 579.

²⁸ C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM, 2006, préf. C. Jamin, n° 10, p. 20.

²⁹ V. B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse (dactyl.) Paris II, 1973.

cas, c'est la *manière* de rompre qui est particulièrement scrutée, les *raisons* de rompre n'intervenant pas en principe dans l'examen de la licéité de ce mode de sortie qui se veut libre ; et, dans le premier, la fonction semble évidente puisqu'il s'agit de *sanctionner* le débiteur défaillant. L'étude de la rupture est donc en général celle de la résolution pour inexécution ou celle de la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ; étant encore une fois bien entendu, qui plus est, que la théorie générale ne connaît formellement que de la première, puisque la seconde est une règle générale issue d'une extrapolation de l'article 1780 du Code civil³⁰ et dont l'inobservation est en partie récupérée par le droit commercial, lorsqu'il s'agit de sanctionner la rupture brutale d'une relation commerciale établie³¹, qui n'est appliquée à l'ensemble des contrats que par le truchement d'une exigence de bonne foi bien pratique.

16. Résolution versus résiliation. On nous enseigne alors très tôt dans nos facultés qu'il faut absolument distinguer la *résolution* du contrat de sa *résiliation* ; et ce, pour deux raisons qui s'entremêlent volontiers. La résolution serait, tout d'abord, la sanction d'une inexécution contractuelle, alors que la résiliation serait une rupture pour toutes autres causes. La résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée est ainsi l'exercice d'une faculté reconnue par la loi et étendue par la jurisprudence, en vertu de la liberté de ne pas contracter, de ne plus être tenu par une convention pour laquelle aucun terme extinctif n'a été prévu. Mais, en plus de ce plan de distinction, on trouve un autre critère qui doit tendre à séparer strictement les deux notions : la résolution opère rétroactivement, agit sur le passé contractuel, quand la résiliation n'intervient que pour le futur. On distingue donc résolution et résiliation parce que, tout à la fois, elles auraient une fonction différente mais également des effets différents. Il est difficile alors de ne pas voir que la réflexion est biaisée car cela conduit à un raisonnement circulaire inconstructif : lorsque la première distinction ne tient pas l'analyse, et cela arrive fréquemment, on se rabat sur la seconde affirmant en quelque sorte que la résolution ne doit pas être confondue avec la résiliation simplement parce que leurs effets sont différents. Ce n'est pas là une distinction correcte, efficiente.

³⁰ Selon cette disposition légale, « *le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ».

³¹ Article précité L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

17. Le paradigme de la sanction du contractant fautif. C'est qu'en France, et plus généralement dans les pays de tradition civiliste, la sacralisation de la parole donnée conduit, nous semble-t-il, à cela : son inobservation doit être abordée de manière particulière parce qu'il s'agit d'une atteinte à la pierre angulaire du droit des contrats. La parole donnée, compte-tenu de son importance dans la réflexion contractualiste, dans l'acceptation même de la notion de contrat, mérite un traitement tout à fait particulier : lorsqu'elle n'est pas respectée, elle doit être sanctionnée. Ce mode de rupture, la résolution prévue à l'article 1184 du Code civil, est entièrement élaboré de la sorte, orienté vers cet objectif borgne qu'on lui a attribué et qui ne consiste en apparence qu'à sanctionner un quasi-sacrilège. Le raisonnement, linéaire et relativement étriqué, est celui-ci : un contractant a donné sa parole ; elle est quasi-sacrée, de telle sorte que son irrespect justifie une sanction du contractant fautif ; et l'on peut le sanctionner en rompant le contrat. Un autre raisonnement n'est-il pas possible ? Ne serait-il pas, surtout, plus juste de raisonner différemment ?

18. Pour légitimer ces interrogations, une autre question, simple, peut être posée au contractant que nous sommes tous à un moment donné de notre vie, voire de la journée : face au manquement de notre cocontractant, lorsque nous décidons de l'abandonner, rompons-nous vraiment le contrat pour le sanctionner ? Nous investissons-nous à cette occasion d'une espèce de devoir de punir le fautif ? Pour notre part, nous n'avons jamais eu de telles pensées lorsque nous avons pu mettre en œuvre un mécanisme résolutoire. Nous voulions avant tout nous séparer d'une relation devenue encombrante, et pas tant, directement, d'un partenaire qui ne tiendrait pas sa parole. Encore moins désirions-nous le punir !

19. De la sanction de l'inexécution au remède à l'inexécution. Influence du droit anglais des contrats. Sortir de cette vision réductrice implique, en tout premier lieu, de délaisser l'aspect sanctionnateur du mécanisme. Le raisonnement qui s'installe est importé du droit anglais des contrats³², dans lequel la force contraignante du contrat – *binding force of contract* – « n'est pas conçue pour protéger la volonté des parties mais

³² V. par ex. S. WHITTAKER, *Les sanctions de l'inexécution, Droit anglais*, in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant – LGDJ, 2001, p. 977 et s., spéc. n° 1, p. 978 : « les juristes et les juges anglais ne décrivent pas les réponses du droit au "breach of contract" en termes de "sanctions", de même qu'ils ne se réfèrent pas à l'inexécution ou à la violation (breach) en termes de faute. Au contraire, le droit anglais (common law ou equity) accorde des remèdes (remedies) en cas de défaut d'exécution ou d'inexécution ».

pour préserver leur confiance légitime »³³ – *reliance*. Et cette confiance légitime³⁴, dans la conception anglaise fonctionnelle du contrat, porte sur la réalisation de l'échange économique – *bargain* – à laquelle les parties se sont engagées – *consideration*. Dans ce cadre, il n'est pas étonnant que le droit anglais tende à apprécier la résolution davantage comme un *remède* à l'inexécution ; approche qui séduit désormais en France³⁵. Passer de la *sanction* au *remède* a en effet le mérite de déplacer le regard du contractualiste qui était porté sur le *débiteur* – qu'il faut sanctionner parce qu'il a commis une faute –, vers la situation du *créancier* – pour lequel il faut trouver un remède³⁶. La notion de remède permet donc d'adopter une vision davantage *concrète et économique* du contrat qu'*abstraite et moraliste* : on passe de la sanction d'un comportement contraire à la parole donnée à la guérison d'une inefficacité, d'un mal économique subi par l'autre partie. L'orientation du raisonnement change donc, car on part du créancier, de ses attentes légitimes de la relation contractuelle au regard de l'opération dont elle est le support juridique, et non pas de l'engagement du débiteur de tenir la parole qu'il a donnée.

20. Du remède à l'inexécution au remède à la perte d'intérêt. On doit toutefois regretter qu'il s'agisse, encore et toujours, d'un remède à *l'inexécution* ; car de remède il est bien question, selon nous, lorsqu'on traite d'une faculté de sortir du contrat. Pourquoi, en revanche, ne serait-ce qu'un remède à l'inexécution ? N'y aurait-il donc rien d'autre auquel il conviendrait de remédier par la cessation des effets du contrat ? C'est dire, tout d'abord, que des remèdes semblent nécessaires dans des hypothèses différentes de celle d'inexécution contractuelle et, qu'ensuite, d'autres considérations se dissimulent derrière l'inexécution elle-même. Le recours à cette notion n'est donc pas suffisant, il manque encore de transversalité : ce contractant à qui l'on offre un remède ne pourrait-il pas souffrir d'autres maux que de l'inexécution de son partenaire ? Plus justement, n'existe-t-il pas à l'origine de tout cela un seul et même mal que peut subir le contractant ? En poursuivant la métaphore médicale à laquelle invite la terminologie employée, il nous semble que l'inexécution ne serait, en définitive, qu'un vecteur parmi d'autres de la transmission de ce mal contractuel. Si cela est le cas, et nous tenterons de le démontrer au travers de la caractérisation de l'intérêt à l'exécution et de ses atteintes, il faut bien

³³ A. ALBARIAN (dir.), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013, n° 259, p. 192.

³⁴ Sur l'introduction de cette notion en droit français, v. A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie*, Mare & Martin, 2012, préf. J. Mestre.

³⁵ V. en dernier lieu C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Bibl. dr. priv. T. 498, LGDJ, 2008, préf. M. Goré.

³⁶ *Ibid.*, spéc. n° 31, p. 19.

convenir que le remède doit alors être celui de la maladie et non pas de ses moyens de transmission ; ou alors il faudrait parler de vaccin et non pas de remède. Mais il serait bien ennuyeux d'apprendre, dans le même temps, qu'il n'existe pas de vaccin véritablement efficace – car tant qu'il y aura des contrats il y aura des inexécutions contractuelles –, et que l'on ne peut directement remédier au mal.

21. Intérêt du terme choisi et sociologie juridique. L'intérêt de traiter de la *sortie* et non pas de la *rupture* – ou encore plus restrictivement de la résolution ou de la résiliation – se fait alors jour : le terme choisi permet de dépassionner le débat, en ce que l'on s'écarte nécessairement de l'idée de sanction que contient la rupture – *a fortiori* la résolution. Cela conduit ensuite à dépasser la distinction formelle, dénoncée plus haut, entre la résolution et la résiliation, qui sont toutes deux une forme de sortie. *C'est ainsi ce qui peut réunir ces deux notions qui va surtout nous intéresser, et non pas ce qui doit les séparer à tout prix.* Enfin, le terme de *sortie* est assez large pour englober plusieurs mécanismes que l'on a du mal à assimiler à une rupture. Car la rupture véhicule également cette idée de destruction de la relation ; or, la sortie d'un contractant n'implique pas nécessairement cette destruction, autrement dit la disparition totale du contrat support de l'opération envisagée. Cette convention, lorsqu'elle est multipartite, peut perdurer entre les autres parties. On comprend alors, comme cela a été évoqué plus haut, l'utilisation de l'expression en droit des sociétés : usant d'une *clause de sortie*, l'associé sortant s'extirpe du contrat de société, mais ce contrat n'est pas pour autant anéanti et continue entre ceux qui restent. D'un point de vue plus sociologique, l'utilisation de ce terme permet de révéler, déjà, une certaine unité : celle de la période de sortie contractuelle, qui témoigne d'un glissement de la rupture, outil juridique, vers la possibilité de rupture, outil psychologique. C'est que le terme choisi, en plus de « fédérer » toutes les formes de rupture au sens large, met en avant l'existence d'une d'action, d'un mouvement – celui qui fait passer du « dedans » au « dehors contractuel » ; or ce glissement s'inscrit nécessairement dans le temps. Il existe ainsi une période pendant laquelle la sortie est mise en œuvre, laps de temps particulier devant aboutir à une disparition mais durant lequel le contrat existe toujours. L'observation en pratique de cette période démontre alors qu'elle est souvent le lieu d'une tentative « d'extorsion contractuelle » : la menace de sortie est fréquemment brandie et devient la source d'un chantage à la renégociation des termes du contrat lorsqu'aucune stipulation ne l'envisage, peu importe la nature de la relation ou, plus techniquement, l'appellation usuellement

donnée à son extinction. Un associé important peut donc user de ce procédé à l'égard des autres membres de la société, tout comme un franchiseur ou tout autre contractant disposant de cette « arme ». Mais celle-ci ne saurait être maniée qu'avec une extrême prudence, tant l'allongement de sa durée est néfaste à l'intérêt contractuel... et donc à la pérennité du contrat : l'arme pourrait ainsi, facilement, se retourner contre son utilisateur.

22. Définition sommaire de la sortie de la relation contractuelle. La sortie est alors le fait pour un contractant de quitter une sphère contractuelle ou, parfois, d'en faire sortir l'un des autres contractants – nous distinguerons effectivement la sortie volontaire de la sortie imposée. Il s'agit de s'extirper d'une relation contractuelle, c'est-à-dire d'un contrat ou d'un ensemble de contrats, déjà conclue, en cours d'exécution et avant l'extinction normale, l'arrivée du terme convenu. La sortie opérée en vertu d'une clause est donc *anticipée* et nous excluons l'ensemble des hypothèses de retrait du consentement : nous délaissions les divers droits de rétractation³⁷ et la clause de dédit³⁸, octroi conventionnel d'une faculté de rétracter sa volonté de contracter, car ils répondent davantage à une logique consumériste – protectrice du présumé faible – qui ne correspond guère aux caractéristiques d'une théorie générale. De plus, si sortir signifie « passer du dedans au dehors », il faut bien qu'un « dedans » existe avant tout mouvement d'évasion, car on ne sort pas du vide contractuel ! Les choses sont ainsi faites : il n'y a de « dehors » qu'en contemplation d'un « dedans » ; autrement dit, la sortie ne se conçoit qu'en présence d'un contrat définitivement formé et il nous paraît alors que la possibilité de revenir sur son consentement empêche l'établissement d'une telle situation. Ce n'est pas pour autant dire que l'on ne peut relever de point commun entre le dédit et la sortie et, plus particulièrement entre la clause de sortie et *la clause de dédit* : elle témoignent toutes deux de ce que les parties ont désiré octroyer à l'une d'entre elles une prérogative qui tend à remettre en cause le rapport contractuel.

³⁷ V. par ex. les art. L. 121-20 et L. 311-12 du Code de la consommation.

³⁸ Sur laquelle v. surtout L. BOYER, *La clause de dédit*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Bibl. dr. priv. T. 223, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas, n° 281 et s., p. 156 et s.

II. Les clauses de sortie de la relation contractuelle

23. Dualité de la notion de clause contractuelle³⁹. La « clause » peut être définie de plusieurs manières. Elle est souvent présentée comme « *une disposition particulière de l'acte juridique* »⁴⁰. Elle est également identifiée à une stipulation d'un contrat, c'est-à-dire « *un élément expressément prévu dans une convention et en général formellement énoncé par écrit* »⁴¹. Ainsi, partie d'un tout en ce qu'elle est une clause à côté d'autres, un *contenant* côtoyant les autres contenants dans l'*instrumentum*, la clause se singularise car elle offre également un *contenu* intellectuellement individualisable au regard du contrat : « *elle peut être la source d'une obligation contractuelle ou d'une véritable norme contractuelle en créant des règles de comportement ou en conférant certaines prérogatives* »⁴². Cette dualité dans sa nature n'est pas sans effet sur la manière de correctement aborder le sujet : le contenant et le contenu devront tout deux être traités, de même que la relation qu'ils entretiennent nécessairement entre eux. Le contenant devra correctement être déterminé, comme son contenu, afin que la mise en œuvre de ce dernier puisse produire les effets escomptés sur le premier. Surtout, envisager *les clauses de sortie*, et non pas *la sortie*, oblige à la formulation de quelques précisions concernant notre approche.

24. Tout d'abord, puisque la clause est bien souvent insérée par les parties et non pas imposée par la loi⁴³, notre étude est en grande partie celle du cadre juridique dans lequel l'imagination des rédacteurs de contrats doit trouver à s'inscrire. C'est une recherche qui se veut, autant que possible, pragmatique. D'autant plus que c'est la pratique postérieure à la promulgation du Code civil qui a « créé » beaucoup des clauses de sortie que nous pouvons aujourd'hui recenser dans les contrats et qui les fait, depuis, sans cesse évoluer. Ce point, aussi évident qu'il puisse paraître, est important au regard de nos objectifs : il faut replacer le contractant au centre de l'étude. Plus précisément encore, les attentes du stipulant doivent prendre leur place dans l'analyse. C'est dire que le sujet nous impose, tout à la fois, de présenter la fonction attribuée à ces stipulations contractuelles, qui peuvent s'avérer variées eu égard à la diversité des contrats eux-

³⁹ Sur laquelle v. la récente et brillante étude de G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Bibl. dr. priv. T. 536, LGDJ, 2012, préf. L. Aynès, postf. F. Terré.

⁴⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, V^o Clause.

⁴¹ *Ibid.*, V^o Stipulation.

⁴² M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle, 1^{ère} partie*, RDC 2006, p. 1051.

⁴³ Toutefois cf. *infra*.

mêmes et à l'imagination des contractants, et les limites à la liberté de les prévoir. De manière générale et abstraites, « *les clauses représentent pour les parties, le moyen d'investir activement leur destin contractuel* »⁴⁴. Nous verrons alors que les praticiens ont pris leurs responsabilités ; non pas, en réalité, en créant de toutes pièces un mécanisme qui n'existait pas, mais bien en adaptant l'existant. Les clauses de sortie, qu'elles paraissent séculaires – pacte comissoire – ou plus modernes – clause *buy or sell* par exemple –, ne sont pas apparues *ex nihilo*. Et la *creatio ex materia* mérite d'être reportée, tant elle influe sur la nature des clauses qui vont nous occuper.

25. La durée du contrat et la théorie générale. L'évolution des figures contractuelles depuis 1804 n'est plus à présenter⁴⁵, sauf à en rappeler ici la composante intéressant le plus directement nos travaux : la durée, l'écoulement du temps, a progressivement pris une place importante dans le droit des contrats⁴⁶, alors que le Code civil, dans ses articles applicables à tous contrats, ignore facilement cette donnée⁴⁷, car à l'époque de son élaboration il n'était « *pas encore question d'organiser des relations de longues durée, issues de réflexions poussées en amont et nourries de prestations complexes en aval [...]. Il s'agissait davantage de permettre des échanges ponctuels de bien ou de services simples* »⁴⁸. Mais depuis, les contrats dont l'exécution s'étale dans le temps se sont multipliés, sous l'effet de l'émergence d'une société industrielle qui implique la conclusion de plus de contrats et qui conduit à leur diversification comme à leur transformation : les rapports contractuels s'intensifient sous l'effet de la complexification des opérations économiques dont ils sont le support, impliquant désormais une longue durée d'exécution et des enjeux financiers importants. Ce qui a par retour créé un besoin d'encadrer temporellement le contrat. Les affaires ont donc particulièrement imprimé, de ce point de vue notamment, les mutations contractuelles en général. Alors même, encore une fois, que le Code civil ne connaît pas de ces

⁴⁴ G. HELLERINGER, *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, op. cit., n° 16, p. 7.

⁴⁵ V. entre autres L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, préf. G. Cornu ; J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 oct. 1985), PUF, 1986 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997 p. 357 ;

⁴⁶ V. sur ce point le colloque organisé le 22 oct. 2003 par la Revue des contrats : RDC 2004, n° 1. V. encore A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. dr. priv. T. 475, LGDJ, 2008, préf. T. Revet. ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, spéc. p. 435 et s. et p. 459 et s.

⁴⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., spéc. p. 435.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 436.

classifications⁴⁹. Si cela ne saurait choquer, puisque les affaires peuvent bien avoir leurs lois, on ne peut négliger l'influence des contrats – spéciaux – commerciaux sur la théorie générale des obligations ; de même qu'il faut de nouveau l'observer : « *la Codification napoléonienne paraît surtout conçue pour les contrats simples, rapidement exécutés (telle la vente d'un immeuble), qui caractérisent l'économie préindustrielle du début du XIX^e siècle* »⁵⁰.

26. Il existait donc une conception relativement figée du « temps contractuel », réponse instinctive à un besoin de stabilité, de sécurité juridique : la cristallisation du contrat au jour de sa formation, son immutabilité, lui permet de passer le temps sans changement⁵¹. Comme si, en quelque sorte, le contractant pouvait arrêter sa montre au jour de la formation tout en étant assuré d'avoir la bonne heure tout au long de l'exécution du contrat ; mais si, en 1830, le contractant partie à une vente instantanée avait peu de chance de voir son train partir sans lui, le franchisé serait aujourd'hui certain de manquer le sien. Une conception dynamique du temps contractuel est donc à l'œuvre, qui implique d'intégrer cette considération dans l'acceptation de la notion même de contrat : il ne peut demeurer dans la réduction que constituait la conception instantanéiste des rédacteurs du Code civil lors de l'élaboration d'un droit commun pour les contrats.

27. Ce n'est pas dire que le Code civil ne connaît pas du temps qui passe. Comment, raisonnablement le pourrait-il ? Ainsi, sans même faire appel aux droits de la personne ou de la famille, on peut relever l'existence de dispositions particulières à certains contrats spéciaux⁵² : outre les exemples déjà évoqués des contrats de bail, de marché à forfait ou encore de mandat, il est prévu que la société peut prendre fin⁵³, comme le contrat de prêt⁵⁴ ou le dépôt⁵⁵. Dans le régime de tous ces contrats, donc, l'inscription dans le temps de la relation est manifestement prise en compte, puisqu'il est prévu une faculté d'y mettre fin. Dans la théorie générale des obligations même, on ne

⁴⁹ V. les articles 1102 à 1107 du Code civil qui n'évoquent pas la distinction entre les contrats à exécution instantanée et ceux dont l'exécution s'étale dans le temps, pas plus que celle entre les contrats conclus pour une durée déterminée et ceux convenus sans que leur durée soit déterminée.

⁵⁰ M. FONTAINE, *Les contrats internationaux à long terme*, in *Problèmes d'actualités posés par les entreprises*, *Études R. Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263.

⁵¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997 p. 357 et s., spéc. n° 6.

⁵² V. en ce sens A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, *Bibl. dr. priv.* T. 475, LGDJ, 2008, préf. T. Revet, n° 42, p. 27.

⁵³ Article 1844-7 du Code civil.

⁵⁴ Article 1888 du Code civil par exemple.

⁵⁵ Article 1915 du Code civil.

peut nier que l'écoulement du temps a une place : la condition et le terme sont des modalités qui encadrent temporellement l'engagement, permettant par exemple de suspendre son existence ou sa disparition à la réalisation incertaine d'un événement, ou de retarder son exécution à la survenance inéluctable de certaines circonstances. Nous y puiserons alors les éléments essentiels à la détermination de la nature de la clause de sortie⁵⁶.

28. Le lien avec le contrat, ensemble d'obligations, n'est cependant pas véritablement fait. La durée de la relation contractuelle est inconnue du droit commun des contrats⁵⁷ ; alors même qu'il s'agit d'une donnée fondamentale à toute construction humaine, et donc commune à tous les contrats. Ce manque de clarté a encore été, tout récemment, pointé du doigt à l'occasion de l'élaboration du projet de loi relatif à « la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures »⁵⁸, le point 7° de son article 3 prévoyant en effet de « clarifier les règles relatives à la durée du contrat ». L'Avant-projet porté par la Chancellerie entendait également corriger cette lacune⁵⁹.

29. Durée et classifications doctrinales. Nul besoin, donc, de s'attarder plus sur la nécessité d'introduire la durée dans le droit commun des contrats, sauf à noter que la doctrine a tôt⁶⁰ perçu ce « vide », notamment au regard des effets de la résolution, et s'est donc attachée à proposer des solutions en procédant à des classifications⁶¹, grilles de lecture, souvent, du droit positif. Ainsi a-t-on vu apparaître la distinction formelle entre

⁵⁶ Cf. *infra*

⁵⁷ V. not. en ce sens, D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats*, RJT 44 (2010), p. 244 et s., spéc. p. 255 : « l'Avant-projet comporte toute une série de règles relatives à la durée du contrat, question sur laquelle règne un silence assourdissant dans notre Code, silence d'autant plus préjudiciable que le contentieux relatif à la durée des contrats à durée déterminée, notamment, est très important » (l'auteur souligne).

⁵⁸ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; *D.* 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE.

⁵⁹ V. ainsi la Section 4 de l'Avant-projet de la Chancellerie, intitulé « *La durée du contrat* ».

⁶⁰ V. déjà C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, T. XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome Deuxième*, Durand-Hachette, 1869, n° 469, qui relève l'existence des « contrats successifs... qui tembus successivum habent », c'est-à-dire ces contrats « qui, à la différence de ceux qui s'accomplissent en un seul temps, ne s'accomplissent, au contraire, qu'au moyen d'une série de prestations successives ».

⁶¹ V. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 149 et s., p. 186 et s. et les références employées ; v. encore, parmi une abondante littérature : H. ROLAND, *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*, *Mélange P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 737 et s. ; C. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, in P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 175 et s. ; *Durées et contrats*, n° spéc. précité, *RDC* 2004, n° 1.

les contrats à *exécution successive* et ceux dont l'exécution est *instantanée*⁶² : le premier type renvoie aux engagements « *dont les obligations doivent s'exécuter pendant une période de temps* »⁶³, alors que la seconde catégorie renferme les contrats dont les obligations s'exécutent en un trait temps, tel bien entendu le contrat de vente. Ensuite, il a bien fallu constater qu'ils existent des contrats à exécution successive conclus pour une certaine durée et d'autres qui ne le sont point : on distingue donc, essentiellement pour déterminer l'existence d'un droit de résiliation unilatérale, les contrats à *durée déterminée* des contrats à *durée indéterminée*⁶⁴.

30. Champ de l'étude. Relations contractuelles à durée déterminée. Ces constructions, même régulièrement remises en cause⁶⁵, démontrent clairement la prise en compte par le droit positif de la durée contractuelle, c'est-à-dire de l'intégration de la donnée temporelle au-delà du « simple » temps de sa formation. Il nous faut alors situer notre étude au regard de ce système : *l'objet principal de notre travail est la clause de sortie insérée dans un contrat, ou un ensemble de contrats, dont l'exécution s'étale dans le temps et pour lequel une durée a été prévue*. Tout simplement parce que la nécessité de prévoir une telle clause ne se fait sentir que dans ce type de relations : c'est, tout d'abord, lorsque l'exécution nécessite un écoulement du temps que les contractants sont susceptibles de voir intervenir des événements contrariant leur intérêt à voir la relation perdurer ; c'est, ensuite, la prévision d'une durée obligatoire qui contraint les parties à prévoir une clause permettant de défaire seul ce qui a été fait à deux ou plus. Dans les contrats à durée indéterminée, il existe en effet une faculté de résiliation unilatérale, qui n'exige de l'auteur de la rupture aucun motif, sous réserve du respect d'un préavis. Ce principe, issu d'une généralisation de l'article 1780 du Code civil et consacré par le Conseil constitutionnel⁶⁶, n'est « que » l'aspect négatif de la liberté contractuelle : un contractant doit demeurer libre de sortir d'une relation lorsqu'aucune durée n'a été prévue, sans quoi il se trouverait enfermé dans les liens contractuels *ad vitam aeternam*. Aucune

⁶² V. G. BRIERE DE L'ISLE, *De la notion de contrat successif*, D. 1957, chr., p. 153 et s.

⁶³ J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, Bibl. dr. priv. T. 102, LGDJ, 1969, préf. R. Nerson, n° 3, p. 3.

⁶⁴ V. not. H. ROLAND, *art. cit.*

⁶⁵ On pense ici surtout à l'émergence de la catégorie intermédiaire des contrat à *exécution échelonnée*, sur laquelle v. not. M.-L. CROS, *Les contrats à exécution échelonnée*, D. 1989, chr., p. 49 et s. ; v., déjà, R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. 2, Rousseau, 1923, n° 917 *quinquies*, p. 912.

⁶⁶ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au Pacs*, Rec. Cons. const. 1999, p. 116 ; *RTD civ.* 2000, p. 109, obs. J. MESTRE : « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ».

anticipation n'est alors à l'œuvre lorsque celui-ci résilie unilatéralement un engagement non déterminé dans sa durée ; précisément car il n'y a aucun terme extinctif dont la survenance mérite, selon une des parties soucieuse de se prémunir contre les effets du temps, d'être anticipée. Il n'y a donc pas, à notre sens, de sortie qui ne soit pas anticipée. On relèvera d'ailleurs en ce sens que le seul type de clause que l'on dénomme « clause de sortie » est celle conclue entre les apporteur au capital d'une société, structure créée par un contrat-organisation qui est forcément conclu pour une durée déterminée⁶⁷.

31. Cette affirmation, fondée sur une mécanique évidente – puisque la clause contractuelle permet « *notamment d'exprimer des solutions dérogatoires par rapport au droit commun* »⁶⁸ – mérite toutefois d'être tempérée. Il faut, en premier lieu, réserver l'hypothèse d'un contrat conclu sans durée, mais avec la prévision d'une période minimale d'exécution, au cours de laquelle la problématique est identique à celle d'un contrat contenant un terme extinctif. Il peut, ensuite, exister une clause de sortie dans une relation pourtant conclue pour une durée indéterminée ; nous pensons ici essentiellement à la clause résolutoire. Ce n'est alors pas tant la fonction libératrice⁶⁹ des clauses nous occupant qui préside à son insertion que le réflexe du rédacteur de contrat ou – celle-ci pouvant expliquer celui-là – la fonction comminatoire classiquement attachée à cette stipulation⁷⁰. Enfin, en tout état de cause, la distinction entre les deux catégories de contrats s'efface quelque peu lorsqu'il est question, non de la mise en place du droit de sortie, mais de sa mise en œuvre : une clause du contrat à durée indéterminée peut opportunément venir régler la procédure de résiliation. Il ne s'agit pas alors d'une clause de sortie, dans la mesure où sa fonction est radicalement différente puisqu'elle n'est pas de fonder un droit d'évasion mais venir encadrer la faculté préexistante ; c'est dire, en fait, la limiter. Cette stipulation mérite cependant sa place dans notre étude, de même qu'il est évident que l'analyse de la mise en œuvre du droit de résiliation unilatéral, de manière générale, doit nourrir notre réflexion : certaines problématiques apparaissent communes, voire indissociables, telle l'information due par l'auteur de la rupture au cocontractant. Si alors nous regrettons, d'un point de vue essentiellement théorique, la concentration de l'attention du droit sur la résiliation unilatérale, nous sommes tout de même forcés d'admettre qu'il s'agit d'un terrain bien fertile en pratique.

⁶⁷ Article 1838 du Code civil : « *La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans* ».

⁶⁸ G. HELLERINGER, *op. cit.*, *loc. cit.*.

⁶⁹ *Cf. infra.*

⁷⁰ *Cf. infra.*

32. Une fois le contrat extirpé du temps de sa formation, il est donc permis de se pencher sur les effets que subissent les contractants du fait de l'écoulement du temps. La jurisprudence et le législateur ont alors pu prendre acte de cette évolution, en donnant parfois sa pleine mesure au nouvel équilibre progressivement opéré « *entre des forces de cohésion, tendant à son maintien, donc à la pérennité du contrat, et des forces de changement tendant à l'évolution, voire à l'éclatement* »⁷¹. Cette prise de conscience n'a pas véritablement atteint le cadre de la théorie générale, « frappant » plutôt de manière éparsée et participant, en définitive, à la multiplication des « *droits spéciaux incarnant le droit vivant* »⁷² ; ceci au détriment d'une théorie générale qui risque à l'inverse la désincarnation⁷³. Ce sont alors les praticiens qui ont fait œuvre d'imagination, en l'absence de disposition spéciale et surtout générale, pour la préservation des intérêts des contractants au regard des risques engendrés par le temps qui passe inexorablement.

33. La durée du contrat et les clauses de sortie. Les clauses de sortie ont été élaborées, affinées progressivement, dans ce contexte. Si le législateur a institué nombre de facultés de rupture anticipée d'une relation conclue pour une durée déterminée⁷⁴, si la jurisprudence, à rebours d'une lecture stricte de l'article 1184 du Code civil, semble accueillir la possibilité de résoudre un contrat pour inexécution sans faire appel au juge⁷⁵, cela ne saurait satisfaire les besoins de la pratique, surtout dans le domaine des affaires. C'est que l'accueil de la donnée temporelle dans le contrat, en ce qu'il a conduit notamment à l'étalement dans le temps de son exécution, implique également un encadrement, une détermination de sa *durée*. Il s'agit par là d'assurer un minimum de stabilité : sans demeurer figé dans sa formation, c'est-à-dire en rejetant toute immutabilité aveugle, il reste que l'on doit pouvoir compter sur une certaine sécurité ; or, l'indétermination de la durée n'est pas vraiment compatible avec cette idée, puisqu'elle s'accompagne de la faculté de résilier la convention unilatéralement, même si le contrôle de son exercice tend à être de plus en plus strict. La fixation d'une durée redonne alors cette sécurité, puisque le contractant est en principe obligé de la respecter. La relation est *construite* au regard du temps qui passe, *l'économie contractuelle* intégrant cette donnée, mais cela doit rester dans un *cadre temporel* déterminé, à l'intérieur duquel tout ne saurait

⁷¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *art. cit., loc. cit.* et les exemples employés.

⁷² *Ibid.*, n° 18.

⁷³ Rappr. L. CADDIET, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 7 et s., spéc. n° 29, p. 27.

⁷⁴ *Cf. infra.*

⁷⁵ *Cf. infra.*

évoluer, en principe, que conformément à la volonté des parties. Il s'agit d'un compromis entre la sécurité et l'adaptabilité⁷⁶. Dans ce contexte d'équilibre, la clause de sortie se présente comme une possibilité de ne pas respecter la durée prévue en cas de survenance d'un certain événement : au sein d'un contrat assurant une certaine sécurité – en raison de ce qu'il doit normalement être exécuté durant un temps déterminé –, elle permet une adaptation du contrat aux effets du temps ; et, dans le cadre de notre analyse, nous tenterons de démontrer qu'il ne s'agit pas d'une construction inédite, dans la mesure où cette fonction, qu'il conviendra de déterminer plus en détail, nous semble correspondre à celle attachée à la *condition résolutoire*. C'est ici, en effet, que réside la construction *ex materia* que révèle une analyse fonctionnelle inductive : les opérateurs économiques ont en quelque sorte procédé à la « mise à jour » de cette modalité, dont le régime est clairement conçu au regard du contrat de vente. C'est un premier jalon de posé, intéressant la nature de la clause de sortie et plus précisément celle du contenant qu'elle constitue.

34. La notion de prérogative. Mais, au-delà de ce *contenant* destiné à l'accueillir, notre étude est encore celle de son *contenu* : une faculté, une *prérogative* de sortie attribuée par le contrat à l'un des contractants au moins. Si le terme est avancé, il reste à le définir. Ce qui n'est pas chose aisée tant la notion est fuyante⁷⁷. Tantôt présentée comme « *un terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait* »⁷⁸, il est également proposé de nombreuses définitions de la *prérogative* qui se veulent plus précises, voire bien subtiles, sans être toutefois véritablement convaincantes⁷⁹. Mais c'est surtout la jurisprudence récente qui, de manière assez surprenante, a choisi de donner corps à la notion, sans apporter pour autant une définition positive puisque pour elle il s'agit d'opposer les « *prérogatives contractuelles* » de la « *substance même des droits et*

⁷⁶ Rappr. A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, op. cit., n° 13, p. 9 : « on sait la difficulté d'arbitrer entre ces deux impératifs opposés que sont la stabilité du contrat, qui peut être assurée par le terme extinctif du contrat à durée déterminée, et la liberté individuelle que préserve notamment la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ».

⁷⁷ V. en dernier lieu à ce sujet D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011, p. 644 et s. V. déjà, et surtout, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, Bibl. dr. priv. T. 258, LGDJ, 2000, préf. R. Bout.

⁷⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Prérogative.

⁷⁹ V. pour une présentation D. FENOUILLET, art. cit., passim.

obligations »⁸⁰ ; et cela dans le but affirmé fort de « *condamner la vision extrême du rôle de la mauvaise foi* »⁸¹, en cantonnant les effets du contrôle de la bonne foi à la mise en œuvre d'une prérogative⁸² car le juge ne peut aller jusqu'à « *porter atteinte à la substance même des droits et obligations* » nés du contrat. Il est alors bien difficile de situer notre étude dans cette véritable « émulsion » doctrinale ; parce que tout cela est récent et parce que, surtout, l'approche diffère suivant l'objectif que l'on attache à la caractérisation de la prérogative contractuelle.

35. À prendre la Cour de cassation au mot, nous pensons, tout d'abord, que la clause de sortie entre bien dans cette catégorie des *prérogatives contractuelles* ; mais nous ne saurions écarter le risque de voir, dans un futur proche, la Haute Cour censurer des juges qui auraient neutralisé les effets d'une clause de sortie⁸³. C'est déjà dire que l'opposition formulée par la Cour régulatrice repose sur des critères qu'il est difficile de cerner, sur des frontières bien vagues ; alors même que la Cour a ouvertement pour objectif de s'attaquer au flou gaussien entourant l'utilisation de la notion de bonne foi par le juge du contrat. C'est pourquoi, ensuite, nous ne pensons pas que la notion de *prérogative* soit en l'état un instrument efficace de contrôle – limitation – de la sanction de la déloyauté⁸⁴. Face à ce constat, il a été proposé d'y voir plutôt une « *technique d'appréhension de l'unilatéralisme contractuel* »⁸⁵.

36. Unilatéralisme et droit potestatif. Il est vrai, alors, que notre étude est également celle d'une forme d'unilatéralisme dans le contrat⁸⁶ : fût-elle acceptée pour être valable et produire des effets, la mise en œuvre de la clause de sortie n'en reste pas moins une manifestation de l'unilatéralisme, de l'exercice d'un pouvoir, accordé par le contrat à

⁸⁰ Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 966 ; *D.* 2007, AJ, p. 1955, note X. DELPECH ; *D.* 2007, jur., p. 1844, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2007, jur., p. 2839, note P. STOFFEL-MUNCK ; *Dr. et patr.* 2007, n° 94, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP éd. G* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *Deffrénois* 2007, p. 1454, note E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. Fages ; ; *RDC* 2007, p. 1107, obs. L. AYNES ; *ibid.*, p. 1110, obs. D. MAZEAUD. Adde, H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 164. V. encore Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *Bull. civ.*, III, n° 275 ; *D.* 2010, p. 476, note D. J. BILLEMONT et p. 1103, obs. A.-C. MONGE et F. NESI ; *RJ com.* 2010, n° 2, p. 199, comm. P. GOURDON ; *RDC* 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER, p. 564, obs. D. MAZEAUD et p. 666, obs. J.-B. SEUBE ; *Deffrénois* 2010, art. 39084, p. 593, note L. RUET ; *RTD civ.* 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

⁸¹ Communiqué de la Cour de cassation sur l'arrêt précité de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 (arrêt n° 966), disponible sur le site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr.

⁸² *Cf. infra*.

⁸³ *Cf. infra*.

⁸⁴ V. surtout D. FENOUILLET, *art. cit.*, spéc. n° 27.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Sur lequel v. en premier lieu C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999.

l'une des parties, de modifier la situation juridique⁸⁷. Et c'est également sous cet angle que nous avons choisi d'aborder la prérogative de sortie, celui de la *potestativité*. Mais si la faculté contractuelle de sortie anticipée répond à la qualification de *droit potestatif accordé par le contrat*⁸⁸, il faut tout de même observer que celle-ci n'est pas reçue par le droit positif. Ce n'est pas dire que la potestativité n'est pas réglementée, mais simplement qu'elle n'a pas de régime propre. Alors la doctrine peut bien souhaiter l'élaboration d'une notion autonome, mais la tâche s'avère délicate alors que, concernant les clauses qui nous occupent, l'identification de leur caractère potestatif ne pose guère de difficulté et sa réglementation existe déjà : il ne reste qu'à la révéler et parfois l'adapter.

37. Définition sommaire de la clause de sortie. Plus largement, nous avons ainsi considéré qu'il était préférable, plutôt que d'entamer la conceptualisation d'une catégorie autonome de droits subjectifs, de tenter de démontrer que les éléments d'un régime des clauses de sortie existent en théorie et peuvent être efficaces en pratique. Si cela nous semble plus aisé, il reste un sérieux obstacle : la variété, la multiplicité apparente des clauses de sortie. « Clause résolutoire », « clause de résiliation », « clause de déchéance du terme », « clause de remboursement anticipé », « clause d'exclusion », « clause de sortie »... autant de stipulations qui bien souvent, voire systématiquement, sont distinguées. Mais ne permettent-elles pas toutes de *sortir* de la relation ? N'est-il pas possible de les réunir ? Ne serait-il pas, surtout, juste de les réunir ? *La clause de sortie anticipée d'une relation contractuelle serait alors une stipulation contractuelle qui institue une prérogative, au profit d'une partie à une relation contractuelle, dont l'exercice permet de quitter ladite relation avant que n'intervienne son extinction normale par épuisement des effets ou arrivée du terme.*

38. Problématique et enjeux. Annonce de plan. Cette définition, bien générique, n'est pas suffisante. La question qui sous-tend notre étude est donc celle-ci : « la » clause de sortie existe-t-elle ? L'intérêt de répondre à cette interrogation est aussi simple que sa formulation : si elle existe, il nous semble que cela permettrait de résoudre unitairement des problèmes communs de régime, rencontrés pour tous les types de clauses

⁸⁷ V. ainsi, classant les clauses qui nous occupent dans la catégorie de celles qui ont pour fonction d'octroyer un pouvoir, un droit potestatif, G. HELLERINGER, *op. cit.*, par ex. n° 39, p. 16 et, surtout, n° 352 et s., p. 195 et s.

⁸⁸ V. sur la notion J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, *op. cit.*, p. 747 et s. V. déjà S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre, avant-propos I. Najjar, spéc. n° 231 et s., p. 140 et s. Cf. *infra*.

de sortie. Si l'on revient aux exemples développés en début d'introduction, il est en effet difficile de ne pas voir ces liens entre les différentes clauses : certains tiennent à la validité de la stipulation, laquelle ne saurait nier l'engagement pris par ailleurs sur la durée d'exécution ; d'autres concernent, en aval, les conditions et l'efficacité de sa mise en œuvre, sous peine d'être neutralisée, forme de sanction transcendant toutes les distinctions terminologiques à l'œuvre. C'est ainsi l'unité que nous cherchons à démontrer.

39. Pour y parvenir, nous avons donc choisi d'éprouver par l'analyse cette unité pressentie dans la définition, en étudiant la clause de sortie comme nous présenterions, de façon pragmatique, toute autre clause dont l'autonomie a été consacrée : à l'image du contrat, dont elle est une fraction contenant une partie de l'accord de volonté, la clause de sortie se forme puis s'exécute. Autrement dit, au regard du double objectif de validité et d'efficacité du contenu de la clause, la prérogative est prévue par les contractants (PARTIE 1), avant d'être mise en œuvre par son titulaire (PARTIE 2).

PARTIE 1 : La prévision dans le contrat d'une faculté de sortie

PARTIE 2 : La mise en œuvre d'une faculté contractuelle de sortie

PARTIE 1 La prévision dans le contrat d'une faculté de sortie

41. L'étude des clauses de sortie nous conduit à aborder en premier lieu, et assez naturellement, leur formation. Quels sont les principes qui gouvernent l'instauration par les parties, dans leur relation contractuelle, d'une faculté d'en sortir ? Voici la question, rapidement posée, qui va ici nous occuper. « *Clause* », « *faculté* », la terminologie n'est pas neutre et permet d'apercevoir d'emblée l'étendue de la tâche. Car traiter de la formation d'une clause oblige, tout aussi naturellement, à considérer la dualité de cette notion : il s'agit d'un contenant et d'un contenu ; c'est dire que son étude impose de tenir compte de l'aspect formel et de l'aspect intellectuel de la clause⁸⁹.

42. Un contenant donc, tout d'abord, en ce sens que la clause, d'un point de vue formel, est bien une structure intra-contractuelle nécessairement destinée à recevoir une « partie » de l'accord de volonté, portant sur un point précis : en l'occurrence, les clauses que nous étudions doivent intégrer les désirs des contractants ayant trait à la sortie du contrat. Ainsi la clause apparaît-elle comme une partie d'un tout, le contrat, qu'elle a bien évidemment vocation à servir. Cela étant dit, si on peut y voir une « coquille », celle-ci ne saurait être vide. Le contrat la contient, mais la clause, dont doit ressortir une « *individualité intellectuelle créatrice d'effets de droit* »⁹⁰, contient elle-même « quelque chose » : pour ce qui nous concerne, il s'agit de la faculté pour un contractant de sortir du contrat de manière anticipée.

43. Alors il est bien évident que l'analyse des conditions de validité des clauses de sortie, car c'est bien ce dont il s'agit, ne peut se départir de cette dualité : cette étude doit porter sur la volonté des parties de créer des effets de droit et sur la structure matérielle qui la recevra. Le lien doit donc être fait, en contemplation de cet objectif primaire de validité, entre les deux aspects. Pour cela, il nous semble indispensable de poser certaines questions. Quel(s) objectif(s) poursuivent les parties par l'insertion d'une telle stipulation ? Quelle(s) utilité(s) y trouvent-elles ? Tenter d'y répondre nous conduit inévitablement à définir la fonction des clauses de sortie (**TITRE 1**).

⁸⁹ Comp. M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle*, 1^{ère} partie, art. cit.

⁹⁰ G. ARDANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse (dactyl.) Montpellier, 2001 n° 108, p. 44.

44. Et puisque cette fonction, simple aspect d'un concept à deux faces, est clairement indissociable du contenant qui va l'accueillir, on ne pourra se contenter de cerner *pourquoi* les parties entendent se ménager une porte de sortie : il nous faut encore savoir *comment* y parvenir. « Valablement » bien entendu. Tout simplement en insérant la faculté dans le contrat à sa place et pour ce qu'elle est ; autrement dit, le contenant doit être à la juste mesure du contenu, toute divergence étant de nature à remettre en cause sa validité et son efficacité. Ainsi, une fois dégagée la raison d'être de ce contenu, c'est-à-dire lorsque la fonctionnalité de cette création intellectuelle aura été arrêtée, ce sera la nature du contenant qui nous intéressera (**TITRE 2**).

TITRE 1 Une fonction commune

45. Il nous appartient de répondre à cette question essentielle : que veulent les contractants lorsqu'ils prévoient une faculté de sortie du contrat ? C'est nous semble-t-il se demander pourquoi un contractant peut être amené à envisager de sortir d'un contrat de manière anticipée. Dans le prolongement, c'est encore savoir pourquoi il a besoin d'insérer pour cela une stipulation particulière. Nous sommes donc bien ici dans l'analyse du contenu de la clause, dans l'étude de la faculté instituée, plus particulièrement de sa raison d'être.

46. Dans ce cadre, il nous faut expliquer de manière abstraite la volonté de sortir de la relation : celle-ci procède du désir du contractant de se débarrasser d'un contrat qui ne l'intéresse plus ou plus assez. Nous tenterons donc de cerner cette notion d'intérêt à l'exécution du contrat. Ensuite, nous sommes contraints de recourir à une évidence, qui mérite néanmoins d'être explicitée : si les contractants doivent prévoir une faculté de sortie, c'est qu'en principe ils ne peuvent se séparer de l'autre, car obligés ils sont de respecter la durée prévue pour le contrat. En définitive, la stipulation d'une clause de sortie est nécessaire en ce qu'il n'existe pas de faculté générale de sortie pour perte d'intérêt (**Chapitre 1**).

47. Ce n'est pas dire, bien entendu, que notre système juridique ne conçoit pas de permettre la sortie d'un contractant qui a vu son intérêt entamé en cours d'exécution : il existe bien des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles une partie est autorisée à sortir de manière anticipée, soit qu'elle mérite protection, soit que son intérêt est objectivement et irrémédiablement atteint. Enfin, et surtout, la liberté contractuelle permet la stipulation de clauses de sortie : nous aborderons alors leur aspect fonctionnel en en présentant les principales catégories (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 Le respect de la durée ou l'absence de droit de sortie pour perte d'intérêt

48. Résolument tournée vers le contenu de la clause, notre attention doit porter, dans un premier temps, sur la notion de sortie : il nous faut tenter de dégager ce qui explique, de manière générale et abstraite, la volonté d'une partie de sortir prématurément du contrat. Il n'est pas question de trouver un fondement à la force obligatoire du contrat, mais seulement de déterminer ce qui, à un moment donné, en cours d'exécution, motive une partie à ne plus en vouloir. Ce qui nous intéresse ici, c'est la raison qui pousse un contractant à vouloir se délier par avance de cette norme créée. Et, à ce sujet, nous pensons fermement que l'atteinte à son intérêt de voir la relation perdurer permet d'expliquer, en tous les cas et à elle seule, sa décision de mettre fin à la relation. Nous devons donc définir ce que nous entendons par « intérêt contractuel » (**SECTION 1**).

49. Une fois présenté, on comprendra alors que ce concept, fortement empreint de subjectivité, doit rester la « chose » des parties. L'intérêt, et surtout ses éventuelles atteintes, devront demeurer à l'esprit des rédacteurs en recherche d'une correcte gestion des risques par le contrat ; en effet, un contractant qui aura vu son intérêt altéré ne pourra pas, en principe, sortir par avance du contrat si cela n'est pas stipulé. Il devra, sous peine de commettre un manquement à son engagement, respecter la durée prévue (**SECTION 2**).

SECTION 1 L'intérêt contractuel

50. L'intérêt n'est pas un concept inconnu du droit des contrats français. Le droit romain en connaissait déjà et les rédacteurs du Code civil, eux-mêmes, ont nécessairement été influencés par les travaux de Domat et de Pothier, lesquels l'avaient déjà employé afin de distinguer les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuits⁹¹.

51. Encore récemment, l'intérêt a préoccupé la doctrine. Mais, s'il n'est pas inconnu, il faut relever qu'il est difficile de lui trouver une juste place, à côté des notions

⁹¹ V. not. à ce sujet C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, préf. C. Jamin, PUAM, 2006, spéc. n° 148 et s., p. 88 et les références employées. V. encore F. OST, *Droit et intérêt*, Volume 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publ. des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, spéc. p. 44 et s.

connues et nommées de la théorie générale des obligations contractuelles, dans l'acceptation que l'on peut adopter du contrat. Dans cette recherche, il nous semble alors que la conception retenue de l'intérêt est plutôt étroite (§1), au détriment d'une approche plus extensive dont l'altération permet d'expliquer toute décision de sortie de la relation (§2).

§1 L'approche étroite de l'intérêt

52. Après avoir présenté le contenu de la notion (A.), nous aborderons le rôle qu'elle serait amenée à jouer (B.).

A. La définition de l'intérêt au contrat

53. Quelques auteurs ont encore récemment démontré le rôle que joue ou devrait jouer *l'intérêt* dans la formation, l'exécution et l'extinction du contrat⁹². Dépassant l'approche purement volontariste de la relation contractuelle, qui conduit *grosso modo* à estimer que l'existence et l'efficacité d'un contrat s'expliquent par la rencontre des volontés des contractants, il faut convenir d'une conception plus concrète du contrat, partant plus complète.

54. Il s'agit de prendre en compte la réalité et la complexité de la relation contractuelle au travers d'une approche intégrant l'analyse matérielle de la relation : il doit être tenu compte de la finalité qui motive une partie lors de la conclusion d'un contrat et qui doit se maintenir lors de son exécution. Le contrat n'est alors plus seulement un lieu de rencontre de volontés, mais également et surtout un moyen d'atteindre un but, de satisfaire un intérêt⁹³ : l'intérêt doit alors être envisagé « *comme élément constitutif, ou substantiel, du rapport des parties au contrat* »⁹⁴. On passe donc d'une conception statique de la relation contractuelle, comme figée lors de sa formation, à une conception dynamique : le contrat, certes, doit se former pour exister et il n'est pas douteux qu'une

⁹² C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 362 et s., p. 178 et s. ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, préf. E. Loquin, spéc. n° 50 et s., p. 38 et s.

⁹³ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Bibl. dr. priv. T. 311, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin, n° 95 et s., p. 89 et s. ; L. AYNES, *La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie, n° 114, p. 87 et n° 110, p. 85. V. plus généralement, pour une présentation de « l'adjonction [par la doctrine] de la notion d'intérêt à celle de volonté dans le rapport des parties au contrat », A.-S. COURDIER-CUISINIER, *op. cit.*, n° 52 et s., p. 39 et s.

⁹⁴ A.-S. COURDIER-CUISINIER, *op. cit.*, n° 59, p. 44.

rencontre de volonté est pour cela nécessaire, mais il doit encore être à même d'assurer, tout au long de son existence, la réalisation du but poursuivi.

55. Les notions de *cause* et d'*objet*, conditions essentielles à la formation d'un rapport contractuel valable selon l'article 1101 du Code civil, expriment toutes deux cette exigence d'un intérêt lors de la conclusion du contrat. Pourquoi en effet s'engager si l'on n'y perçoit aucun intérêt et si l'on ne porte pas l'espérance de parvenir à le satisfaire au moyen du contrat ? À ce titre, selon Madame Corgas-Bernard⁹⁵, la cause se fait l'expression de cet intérêt⁹⁶, quand l'objet est censé en assurer la concrétisation⁹⁷ ; et l'auteur poursuit sa présentation en s'appuyant sur la distinction opérée par Madame le Professeur Rochfeld entre les contrats « typiques » et les contrats « atypiques ».

56. Dans le contrat typique, c'est-à-dire dans le contrat « *connu, nommé et réglementé par la loi, les usages ou la pratique* »⁹⁸, l'intérêt « *se définit comme la cause de l'obligation* »⁹⁹, la cause objective, la contre-prestation objet de l'obligation du cocontractant telle qu'elle est définie par la loi ou la jurisprudence et qui est identique pour un type donné de contrat : le vendeur d'une chose trouve son intérêt dans le versement du prix, l'acquéreur dans le transfert de la propriété de la chose.

57. Dans les contrats qualifiés d'« atypiques », c'est-à-dire ces contrats *sui generis*, élaborés de toutes pièces ou issus de l'adaptation de contrats typiques par les parties pour régir spécifiquement leur relation, l'intérêt « *doit être recherché, au delà de la simple contrepartie, dans les motifs impulsifs et déterminants du contrat* »¹⁰⁰ ; cela implique, puisque la volonté des parties définissant leur intérêt « atypique » devra être analysée, qu'elles aient fait entrer ces données subjectives dans le champ contractuel¹⁰¹. L'intérêt de l'acquéreur d'un immeuble dont le but est de procéder à une défiscalisation

⁹⁵ Comp. A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, *op. cit.*, n° 87 et s., p. 58 et s. Pour cet auteur, la conception de l'intérêt ne peut se réduire à la cause du contrat ou de l'obligation, pas plus qu'à celle de l'objet, mais doit concilier les deux (n° 86, p. 58). Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, l'intérêt des parties réside dans « *la recherche de l'avantage, la cause, résultant de la contrepartie, l'objet de l'obligation de l'autre partie* », que cette contrepartie soit directe – par exemple le transfert de propriété dans une vente immobilière « simple » – ou indirecte – achat d'un immeuble en vue d'une opération de défiscalisation – (n° 94, p. 62). Dans les contrats unilatéraux « *l'intérêt du débiteur doit être recherché dans la finalité et le contenu du contrat* », cette définition n'intégrant alors pas la notion de contrepartie de l'engagement, car celle-ci est extérieure au contrat unilatéral (n° 96, pp. 63-64).

⁹⁶ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 366 et s., p. 179 et s.

⁹⁷ *Ibid.*, n° 395 et s., p. 193 et s.

⁹⁸ J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 17, p. 17.

⁹⁹ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 374, p. 183.

¹⁰⁰ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 367, p. 181.

¹⁰¹ *Ibid.*, n° 384 et s., p. 187 et s.

ne réside pas uniquement dans le transfert de propriété opéré à son profit, mais également dans les avantages fiscaux qui en découlent, pourvu que ce motif ait intégré le champ contractuel¹⁰². Cette cause – originellement – subjective, ou cause du contrat, dépasse alors, sous l'effet de l'« essentialisation »¹⁰³ des motifs, le cadre qui lui est classiquement réservé, à savoir celui de l'examen de la *licéité* des raisons ayant conduit les contractants à s'engager, pour servir à la détermination de leur *existence*.

58. Le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie emploie d'ailleurs le terme « intérêt » aux articles 85 et suivants, insérés dans une section relative au « contenu du contrat » : suivant le premier de ces textes, « chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement » ; l'article 86 dispose à la suite qu'« un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire » ; et l'article 87 d'énoncer que « la clause vidant le contrat de son intérêt est réputée non écrite ». Ledit projet entend ainsi supprimer la notion de *cause* et insérer celle d'*intérêt*.

59. Si l'emploi du terme « intérêt » nous paraît séduisante, en ce que cela rend mieux compte de la réalité contractuelle et participe à la simplification et à l'accessibilité du langage juridique¹⁰⁴, la substitution opérée entre les notions semble créer plus de problèmes qu'elle n'en résout. Justifié par la volonté d'en finir avec la complexité de la cause et le certain isolement du droit français des contrats au regard des autres pays européens, le projet a été l'objet sur ce point de critiques venant de toutes parts, comme le résume Monsieur le Professeur Ghestin : « En fait la notion d'intérêt s'est heurtée à la conjonction des critiques voulant éliminer la cause dont selon eux l'intérêt ne se distinguait pas suffisamment et de celles qui, à l'inverse, souhaitent conserver la notion traditionnelle de cause »¹⁰⁵. Et il est vrai que le procédé, si l'on considère les objectifs d'une rénovation du Code civil, prête le flanc à la critique : soit l'intérêt n'est rien d'autre que la cause et en ce cas, mise à part l'accessibilité de la terminologie, on ne voit pas bien

¹⁰² V. par ex., refusant l'annulation d'une vente en raison de la non réalisation de l'avantage fiscal recherché par les parties, faute de stipulation expresse : Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 31 ; *JCP éd. G* 2001, I, 330, n° 5, obs. J. ROCHFELD ; *RTD civ.* 2001, p. 352, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁰³ J. MESTRE, obs. sous CA Paris, 13 déc. 1984, *RTD civ.* 1986, p. 97.

¹⁰⁴ En ce sens, v. J. MESTRE in J. MESTRE et B. CAVALIE, *L'offre et la cause au cœur du projet de réforme des contrats*, *RLD civ.* 2009, suppl. au n° 58, p. 19 et s., spéc. p. 22 ; D. MAINGUY, *Défense, critique et illustrations de certains points du projet de réforme du droit des contrats*, *D.* 2009, p. 308 et s., spéc. n° 7, p. 313.

¹⁰⁵ J. GHESTIN, *Observations de Jacques Ghestin, in Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, *PA* 12 févr. 2009, n° spéc., p. 5 et s., spéc. p. 23.

ce que cela change puisqu'il faudra bien faire avec le caractère complexe de la notion ; soit l'intérêt est autre chose et force est alors d'admettre qu'il s'agirait de remplacer une notion abstraite par une autre, alors que la complexité de la première semble relativement maîtrisée et que pour certains elle « *présente l'avantage de nous procurer un instrument général de mesure de l'équilibre contractuel [...]* »¹⁰⁶.

60. La richesse de la théorie de la cause ne nous semble pas vraiment « handicaper » le droit français, si l'on veut bien considérer qu'elle est aujourd'hui relativement balisée, ce qui implique d'accepter sa nature dualiste : cause objective dont on apprécie l'existence et cause subjective servant à s'assurer de la licéité d'un contrat. Il est vrai alors que la notion, en tout cas sa prévision expresse par le Code civil, n'est pas absolument indispensable, puisqu'on pourrait envisager une sanction autonome de l'illicéité et considérer que l'exigence d'une contrepartie à son engagement se déduit suffisamment du caractère synallagmatique et onéreux de la relation¹⁰⁷. Le tout récent projet de loi de réforme du livre III du Code civil¹⁰⁸, qui envisage la suppression de la notion tout en prévoyant de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices que la jurisprudence lui a assignées¹⁰⁹, est clairement en ce sens.

B. L'atteinte à l'intérêt au contrat, fondement d'un droit de sortie

61. Après avoir qualifié la résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée de « *droit catégoriel, en ce sens où il n'appartient qu'à quelques contractants identifiés par le législateur* », Madame Corgas-Bernard classe les facultés existantes en les distinguant suivant leur fondement¹¹⁰ : il existerait, selon elle, des droits de résiliation fondés sur la protection d'un contractant tandis que d'autres seraient fondés sur la disparition de l'intérêt du contrat.

62. Les premiers peuvent satisfaire un « *impératif de justice distributive* » et constituer ainsi « *des instruments de promotion des droit et libertés de leurs*

¹⁰⁶ O. TOURNAFOND, *Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français*, D. 2008, pp. 2607-2608.

¹⁰⁷ C. LARROUMET, *De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, À propos du projet de réforme du droit des contrats*, D. 2008, p. 2441.

¹⁰⁸ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; D. 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE.

¹⁰⁹ V. l'article 3, 2° dudit projet et l'exposé des motifs correspondant.

¹¹⁰ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, spéc. n° 62 et s., p. 51 et s. V. déjà auparavant J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, *op. cit.* ; C. CHABAS, *l'inexécution licite du contrat*, *Bibl. dr. priv. T. 380*, LGDJ, 2002, préf. J. Ghestin, avant-propos D. Mazeaud, n° 103 et s., p. 103 et s.

titulaires »¹¹¹, comme la faculté légale pour le preneur de résilier le bail d'habitation, le bail commercial ou le bail rural ; ces droits peuvent également, dans une optique commutative, tendre à la préservation d'un équilibre et apparaître alors comme des instruments « *de compensation d'inégalités présumées* »¹¹² au bénéfice d'une partie réputée faible : droit de résiliation du consommateur pour certaines conventions, du preneur d'un crédit-bail immobilier ou de l'agriculteur partie à un contrat d'intégration agricole. Les seconds, quant à eux, permettent à un contractant de s'évader de manière anticipée d'une relation qui ne présente pour lui plus aucune utilité, son intérêt ayant disparu. Sont ainsi classés dans cette catégorie le droit légal de résiliation du marché à forfait par le maître de l'ouvrage¹¹³, ceux du contrat d'assurance¹¹⁴, du contrat de travail¹¹⁵, du mandat ou encore la faculté de résiliation unilatérale en raison d'un manquement grave du cocontractant consacrée par la jurisprudence¹¹⁶.

63. L'auteur propose ensuite de généraliser la faculté de résiliation unilatérale, en faire un « droit général », notamment, en cas de disparition de l'intérêt¹¹⁷ : admettre une conception dynamique du contrat implique, en effet, que l'existence d'un intérêt puisse se vérifier non seulement lors de la formation du lien contractuel, mais bien également tout au long de l'exécution. C'est alors que l'appréhension strictement volontariste de la convention pêche, ne permettant pas de prendre en compte la possible évolution, l'éventuelle atteinte à l'intérêt contractuel. Il est donc proposé de faire de l'intérêt une condition de la permanence du lien contractuel¹¹⁸ : Madame Corgas-Bernard démontre en premier lieu que, théoriquement, rien s'oppose à ce que l'on fasse de l'*intérêt-cause* une condition de permanence du contrat¹¹⁹, le refus de prendre en considération cet élément pendant l'exécution reposant sur une conception instantanéiste du contrat, c'est dire

¹¹¹ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 68, p. 55.

¹¹² *Ibid.*, n° 69, p. 56.

¹¹³ V. l'article 1794 du Code civil.

¹¹⁴ V. les articles L. 113-16 et L. 113-4 du Code des assurances.

¹¹⁵ V. l'article L. 1243-1 du Code du travail.

¹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *D.* 1999, somm. comm., p. 115, obs P. DELEBECQUE ; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *JCP éd. G* 1999, II, 10133, note RZEPECKI ; *Deffrénois* 1999, art. 36953, n° 17, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 506, obs. J. RAYNARD.

¹¹⁷ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 362 et s., p. 178 et s. L'auteur développe également le fondement de la protection d'un contractant : v. n° 231 et s., p. 127 et s.

¹¹⁸ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 405 et s., p. 197 et s. Inversement, il a encore été proposé de déduire de la permanence de l'intérêt une raison du maintien du lien contractuel en dépit d'une inexécution contractuelle : v. V. D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004, préf. J. Mestre, spéc. n° 493 et s., p. 333 et s.

¹¹⁹ V. à ce sujet A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, préf. J. Mestre, spéc. n° 109 et s., p. 74 et s.

dépassée ; elle souligne, ensuite, qu'il ne s'agit en définitive que de contrôler le respect de la volonté des parties telle que cristallisée lors de la formation de la relation au travers de l'intérêt exprimé. Ainsi, « *la cause-intérêt voulue par les parties constitue la raison d'être de la convention, sa condition d'existence. Aussi sa disparition ou son altération en cours d'exécution contrarie cette volonté initiale et menace la pérennité de la convention. Le contrat qui ne répond plus aux attentes des parties est atteint d'un vice auquel il convient de remédier* »¹²⁰ ; et le remède diffère suivant la cause de cette altération : anéantissement de droit de la convention en cas d'événement de force majeure rendant l'exécution impossible, résolution en cas d'inexécution et enfin, dans les autres hypothèses, il conviendrait de généraliser le droit de résiliation unilatérale dont les conditions de mise en œuvre seraient strictement encadrées et contrôlables *a posteriori* par le juge.

64. La perte d'intérêt en cours d'exécution serait donc le fondement d'un droit de rupture unilatérale anticipée, lequel doit être considéré comme compatible avec la force obligatoire du contrat « *dans la mesure où elle-même dépend de l'intérêt du contrat* »¹²¹ : « *le contrat puisant sa force justificative dans l'intérêt qu'entend en retirer le créancier, il ne devrait être obligatoire que tant qu'il conserve son utilité* »¹²². Pour autant, si l'idée d'une prise en compte de l'existence et de la teneur, tout au long de l'exécution, de la *cause-intérêt* du contrat nous paraît logique et juste, il nous semble que cela ne peut suffire à protéger pleinement un contractant contre les risques liés à l'écoulement du temps : l'intérêt peut – doit – être perçu plus largement et les parties doivent en avoir conscience lors de la formation du contrat puisqu'il leur appartiendra généralement de se prémunir contre toutes atteintes.

§2 L'approche extensive de l'intérêt : l'intérêt d'une partie en cours d'exécution

65. Après avoir tenté de définir la notion d'intérêt à l'exécution du contrat (**A.**), nous en userons afin de proposer une justification générale et abstraite de la décision de sortir par anticipation de la relation contractuelle (**B.**)

¹²⁰ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 408, p. 199.

¹²¹ *Ibid.*, n° 435, p. 211.

¹²² *Ibid.*, n° 456, p.221.

A. L'intérêt à l'exécution

66. L'intérêt, tel que défini ci-dessus par une partie de la doctrine, n'épuise pas toute la richesse des attentes qu'un contractant peut nourrir à l'égard d'une relation contractuelle en cours. Certes, l'*intérêt-cause* rend efficacement compte du ou des principaux objectifs qui animent le contractant – recevoir un bien ou une prestation, pour en faire tel usage ou en vue de l'exécution de tel autre contrat... *etc.* ; mais il ne peut suffire à expliquer pleinement, en tous les cas, ce qui motive un contractant à *poursuivre* la relation jusqu'à son terme.

67. Nous pensons en effet qu'un contractant se préoccupe, en cours d'exécution, non seulement de la permanence de son *intérêt-cause* au contrat tel que rapporté plus haut, mais bien aussi d'autres éléments qui ne relèvent pas nécessairement de cet intérêt strictement appréhendé : ainsi en est-il de la rentabilité de l'opération juridique pour un contractant, qu'elle soit appréciée de manière « absolue » (1.), ou « opportuniste » (2.), laquelle doit être intégrée à la notion d'intérêt du contractant à l'exécution du contrat tel que nous la concevons (3.).

1. La rentabilité « absolue »

68. Dans une célèbre décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 3 juillet 1996¹²³, l'existence de cette rentabilité avait en quelque sorte été érigée en condition de validité du contrat ; plus précisément, son absence avait conduit à la nullité du contrat, sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, au motif que le contrat ne pouvait être exécuté « *selon l'économie voulue par les parties* », qu'il ne présentait en définitive aucun intérêt pour un des contractants. Ainsi, d'un contrôle de l'équilibre objectif – existence au bénéfice du contractant d'une contrepartie à sa propre obligation –, on passe à une analyse de l'équilibre subjectif – existence d'une contrepartie *rentable*. On pouvait alors estimer que la rentabilité d'une opération participait de l'intérêt d'une partie au contrat¹²⁴ : l'absence totale de rentabilité traduisait un défaut d'intérêt conduisant à annuler le contrat.

¹²³ Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 1996, *D.* 1997, p. 500, note P. REIGNE ; *Defrénois* 1996, 1015, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP éd. G* 1997, I, 4015, obs. F. LABARTHE ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. MESTRE.

¹²⁴ Rappr. C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 383, p. 187.

69. Depuis, la Cour de cassation est revenue à plus d'orthodoxie, tout d'abord par une première décision de la Chambre commerciale en date du 27 mars 2007¹²⁵, puis, surtout, par un arrêt de la même Chambre du 9 juin 2009¹²⁶. Dans cette dernière affaire, comme dans les deux précédentes, il était question d'un contrat de location de vidéocassettes, cette fois consenti par une entreprise au profit d'une association de salariés. Ce contrat, concédons-le, semblait bien non rentable pour cette dernière, laquelle en a alors demandé la nullité pour absence de cause ; et cette demande fut reçue par les juges du fond constatant que « *le produit attendu des locations ne pouvait en aucun cas permettre d'assurer l'équilibre financier de l'opération* » et que « *le contrat, en l'absence de contrepartie réelle pour l'association, ne pouvait être exécuté selon l'économie voulue par les parties* ». Cette position, pourtant dans la lignée de celle de l'arrêt précité de 1996, a été censurée par la Haute Cour, au visa de l'article 1131 du Code civil, au motif qu'« *en statuant ainsi, alors que la cause d'une obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Si cette décision n'a pas eu les honneurs du Bulletin, sa solution n'en est pas moins claire : la cause doit s'apprécier objectivement, l'analyse de son existence permet de s'assurer d'un équilibre contractuel structurel¹²⁷ et non d'une équivalence subjective. La rentabilité n'est pas, à la lecture de cette décision, un élément de l'*intérêt-cause*.

70. Pourtant, il ne fait pas de doute que cette considération est dans l'esprit de bon nombre de contractants en cours d'exécution : leur intérêt à voir la relation perdurer implique souvent un certain niveau de rentabilité : prenons l'exemple d'un contrat de fourniture de longue durée entre deux entreprises. Il est clair qu'en cas d'inexécution totale par l'une des parties ou d'exécution impossible en raison d'un cas avéré de force majeure, l'*intérêt-cause* du cocontractant est atteint. Si, en revanche, survient une augmentation du prix d'une matière première utilisée par le fournisseur qui entraînerait un accroissement sensible du coût de l'exécution de son obligation, son intérêt tel que défini plus haut peut-il être atteint ? Cela peut-il conduire à une disparition de la force obligatoire du contrat au cours de son exécution ?

¹²⁵ Cass. com., 27 mars 2007, *D.* 2007, p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP éd. G* 2007, II, 10119, obs. Y.-M. SERINET ; *RDC* 2008, p. 231, obs. D. MAZEAUD

¹²⁶ Cass. com., 9 juin 2009, *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2009, p. 719, obs. B. FAGES.

¹²⁷ V. D. MAZEAUD, note précitée sous Cass. com., 9 juin 2009.

71. À cette question, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble avoir apporté un début de réponse, dans une décision du 29 juin 2010, non diffusée, mais qui a tout de même attiré l'attention de la doctrine¹²⁸. Les faits de l'espèce sont ceux du topique exemple employé plus haut : un contrat de maintenance a été conclu pour une durée de douze ans entre deux sociétés ; son exécution nécessite, pour le débiteur de l'obligation de maintenance, l'emploi de matières premières dont le prix augmenta fortement en cours d'exécution contractuelle. Celui-ci, faute d'accord avec le cocontractant sur une révision à la hausse du prix de sa prestation, a alors décidé de ne plus exécuter la convention devenue, semble-t-il, ruineuse pour lui ; le cocontractant, en réponse, a saisi la juridiction des référés pour que soit ordonnée l'exécution forcée, sous astreinte, de l'obligation de maintenance. Les premiers juges accueillirent cette demande, estimant qu'il n'y avait là aucune obligation sérieusement contestable. Un pourvoi est alors formé par la société de maintenance, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte « *du bouleversement de l'économie du contrat à raison du changement des circonstances économiques* », lequel aurait eu pour conséquence de priver de cause l'obligation de maintenance en cours d'exécution, et donc d'entraîner la caducité du contrat. Contre toutes attentes, à tout le moins les nôtres, la Cour de cassation censure la position des juges du fonds, pour manque de base légale, au visa des articles 1131 du Code civil et 873, alinéa 2, du Code de procédure civile : il aurait dû être recherché « *si l'évolution des circonstances économiques [...] n'avait pas eu pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature [...] et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la [société de maintenance], ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont [le cocontractant] sollicitait l'exécution* ».

72. Nous ne nous attarderons pas sur la portée à donner à cette décision – non publiée, rappelons-le, et rendue dans le cadre d'une procédure en référé –, mais nous ne pouvons en ignorer le contenu : tout d'abord, nous ne pensons pas, avec d'autres¹²⁹, que

¹²⁸ Cass. com., 29 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. B. FAGES ; *JCP éd. G* 2010, p. 1999, comm. T. FAVARIO ; *JCP éd. E* 2010, 2018, note S. LE GAC-PECH ; *D.* 2010, p. 2481, note D. MAZEAUD et p. 2485, note T. GENICON ; *PA* 24 déc. 2010, p. 7, comm. A.-S. CHONE ; *RDC* 2011, p. 34, note E. SAVAUX. V. pour une synthèse M. MEKKI, *Hardship et révision des contrats. 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, *JCP éd. G.* 2010, doct., 1219 et, du même auteur, *Hardship et révision des contrats. 2. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, *JCP éd. G.* 2010, doct., 1257.

¹²⁹ V. par ex. T. GENICON, note précitée ; E. SAVAUX, note précitée. Comme le remarque ce dernier auteur, « *les juges paraissent las d'attendre* » un avancement des projets de réforme, particulièrement quant à l'imprévision.

l'on puisse y voir une franche remise en cause du refus de consacrer une théorie de l'imprévision en droit français ; ensuite, on doit en déduire qu'une obligation parfaitement valable à la formation du rapport contractuel – en tous les cas causée – peut devenir sérieusement contestable en cours d'exécution en raison d'un bouleversement de circonstances économiques susceptible d'entraîner la disparition de la contrepartie réelle. C'est dire en définitive que l'atteinte à la rentabilité de l'opération peut conduire à la caducité¹³⁰ de l'engagement.

73. Cela dit, à la lecture de l'arrêt, il nous semble que seule serait prise en compte la disparition totale de la rentabilité, puisque la Cour envisage la privation « *de toute contrepartie réelle* » : une simple baisse de la rentabilité, même significative, ne saurait entamer forcément la force obligatoire du contrat et l'on s'approcherait alors, comme cela a été relevé, d'une caducité pour « *vil prix survenu* »¹³¹. Quoi qu'il advienne de cette position de la haute Cour, on peut donc déjà relever que l'intérêt des clauses de sortie instituant un droit de sortie en cas de « simple » baisse de la rentabilité de l'opération juridique demeure donc entier. Et cette affirmation ne nous semble pas devoir être remise en cause à la suite de l'arrêt rendu le 4 octobre 2011 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹³², ayant admis la nullité de contrat pour erreur sur la rentabilité économique d'une opération ; en effet, la portée de cette décision est encore difficile à établir. De plus, comme le relève le commentateur, le raisonnement à l'œuvre ne devrait concerner que les situations dans lesquelles la rentabilité économique, d'une part, « *constitue [...], selon l'économie du contrat, la finalité directe de l'usage de la chose ou de la prestation contractuelle* » et, d'autre part, est « *objective* » et « *inatteignable ab initio* »¹³³.

2. La rentabilité « opportuniste »

74. Une partie à un contrat qui est toujours à même de procurer les avantages escomptés, qui est toujours rentable ou susceptible d'être exécuté « *selon l'économie voulue par les parties* », peut vouloir employer ses ressources à l'exécution d'une autre relation qu'on lui propose et qui apparaît pour elle encore plus bénéfique financièrement

¹³⁰ E. SAVAUX, note précitée.

¹³¹ T. GENICON, note précitée.

¹³² Cass. com., 4 oct. 2011, *RDC* 2012, p. 64, obs. T. GENICON.

¹³³ T. GENICON, obs. précitées sous l'arrêt, qui conclut d'ailleurs en affirmant qu'il s'agit d'un « *faux "retour" de la jurisprudence Point club vidéo* », précédemment évoquée.

ou plus utile pour quelque raison que ce soit. Qui peut valablement nier que la première convention est devenue *moins intéressante* parce que moins rentable qu'une autre ? En ce cas, nul besoin de s'y attarder, cela ne saurait remettre en cause la force obligatoire de la convention ou permettre la sortie en l'absence de clause en ce sens¹³⁴. Que vaudrait, autrement, cette notion essentielle du droit des contrats français ?

75. Conclure un contrat à durée déterminée pour un certain prix implique, eu égard à l'emploi de ressources nécessaires à son exécution, l'existence d'un risque : celui de manquer par la suite une opportunité contractuelle davantage rentable. Si ce risque n'a pas été spécifiquement géré par le contrat, le contractant est réputé en avoir accepté les conséquences et devra alors se « contenter » de continuer d'exécuter la convention conclue avec le premier partenaire. Il s'agit ici, en définitive, de refuser la théorie économique de l'*efficient breach of contract*¹³⁵ postulant notamment, dans ses grandes lignes, qu'il peut être bénéfique pour la Société en général que soit permise l'inexécution de son obligation par le débiteur lorsque cette violation lui permet par ailleurs de conclure un contrat plus rentable et pourvu que le créancier soit indemnisé de sa perte de profit escompté¹³⁶. Voici donc encore une composante de l'intérêt d'un contractant qui n'est pas prise en compte par le droit positif ou par les définitions doctrinales.

3. Essai de synthèse

76. On voit donc bien que l'intérêt d'une partie pour l'exécution du contrat, notion protéiforme, ne peut se résumer au contenu des notions connues de notre droit des obligations, même à les adapter aux figures contractuelles contemporaines : *l'intérêt ne peut se réduire et représente alors, en cours d'exécution, l'ensemble des motifs, objectifs ou subjectifs, qui animent un contractant désirent poursuivre la relation contractuelle jusqu'au terme initialement prévu*. Font alors partie intégrante de cet intérêt la réalisation de l'objet du contrat, bien entendu, mais également la rentabilité de l'opération dont le contrat est le support, appréciée de manière absolue ou opportuniste, ou encore l'utilité, *lato sensu*, de la réalisation de cette opération. Si l'on doit avoir une conception dynamique du contrat, pourquoi n'en serait-il pas ainsi pour l'intérêt, lequel peut évoluer

¹³⁴ Cf. *infra*.

¹³⁵ V. entre autres, parmi une abondante littérature, B. RUDDEN et P. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, *RID comp.* 1996, p. 1015 et s.

¹³⁶ V. not., pour un exposé et une critique synthétiques de la théorie, C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 427 et s., p. 206 et s. ainsi que les auteurs cités.

en cours d'exécution, c'est-à-dire ne pas rester dans son aspect « cristallisé » lors de la formation ?

77. Défini de cette manière, la plus large mais la plus juste possible, l'intérêt ne semble ainsi pas pouvoir être ramené à une notion juridique balisée, telle que la cause ou l'objet de notre droit des obligations, sauf à l'étendre à l'infini. C'est pourquoi nous n'avancerons pas plus dans la recherche de la définition de cette notion, à l'image de certains auteurs¹³⁷. Ce constat d'impuissance, assumée, nous conforte : avec des contours trop vagues pour que son éventuelle atteinte puisse fonder un quelconque droit général de sortie qui assurerait une sécurité juridique suffisante aux opérateurs économiques, cet ensemble de considérations doit demeurer la « chose » des parties, celles-ci devant la prendre en compte lors de la rédaction du support de leur relation contractuelle puisqu'une atteinte à cet intérêt en cours d'exécution pourra conduire l'une d'entre elles à désirer sortir de la relation ; ce qu'elle ne pourra pas faire, la plupart du temps, lorsque rien n'aura été prévu.

B. La perte d'intérêt à l'exécution, justification de la volonté de sortir

78. Il nous faut revenir sur une précision importante : il n'est pas question ici de découvrir un *fondement* précis à un quelconque droit de sortie unilatéral, dans la mesure où nous verrons que le droit issu des clauses qui nous occupent est de nature conventionnelle¹³⁸. Il s'agit de mettre en avant l'existence d'une fonction commune pour l'ensemble des clauses de sortie : se prémunir contre une perte d'intérêt. Ainsi, cette raison d'être ne peut emporter des conséquences juridiques qu'autant qu'elle aura été contractualisée par la stipulation de clauses en ce sens. Autrement dit, cet objet commun n'est pas le fondement direct d'un droit de sortie mais la raison d'user de la liberté contractuelle pour prévoir une telle faculté. C'est dire encore que, si l'intérêt peut bien fonder la force obligatoire du contrat, il doit s'agir du seul intérêt entré dans le champ contractuel, celui que l'on peut apprécier au travers de la cause, de l'objet et d'autres dispositions contractuelles.

¹³⁷ V. surtout F. OST, *Droit et intérêt*, Volume 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, *Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publ. des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 21 et s.

¹³⁸ Ce droit a en effet pu être valablement mis en place par une rencontre de volontés, qu'elle soit issue d'une négociation ou d'une adhésion : *cf. infra*.

79. Afin de compléter l'analyse de l'intérêt d'un contractant à l'exécution du contrat, nous aborderons le problème de manière négative : quelle peut bien être la justification de la volonté de quitter la « scène contractuelle » ? Pourquoi sortir d'un contrat en cours d'exécution ? C'est bien parce que, la folie mise à part – et des règles existent pour cela –, le sortant n'y trouve plus de satisfaction ; en effet, de la même manière qu'il n'y a qu'un fou pour s'engager dans une relation qui n'a pour lui aucun intérêt, il ne nous paraît pas envisageable qu'une partie à une relation contractuelle entende raisonnablement la quitter alors même que sa poursuite est toujours aussi intéressante pour elle. Selon nous, donc, les mécanismes de sortie ne seront mis en œuvre par le contractant que s'il ne trouve plus – ou plus assez – d'intérêt à voir le contrat se poursuivre : *la perte d'intérêt est la raison abstraite commune à toute volonté de sortie.*

80. Ainsi, la décision d'un contractant de se prévaloir d'une clause résolutoire ne peut s'expliquer que par l'atteinte portée à son intérêt, soit que le résultat visé ne peut plus être atteint du fait de l'inexécution, soit que la confiance du sortant a été trop entamée pour qu'il accepte de subir le risque d'un nouveau manquement. Le caractère pénal de cette disposition contractuelle ne permet pas d'expliquer la volonté de rompre, la décision de sortir de la relation¹³⁹. Plus précisément il nous semble que le contractant auteur de la rupture ne désire pas directement sanctionner le débiteur défaillant, mais bien quitter un partenaire qui n'est plus à même de le satisfaire. La sanction n'est que secondaire dans l'esprit du titulaire du droit de sortie. De plus, si les contractants ont eu conscience de l'aspect comminatoire de la disposition lors de son insertion dans le contrat, espérant éventuellement¹⁴⁰ de cette façon éviter une inexécution susceptible d'être rapidement et radicalement sanctionnée, cet aspect n'occupe plus l'esprit du sortant au moment de la mise en œuvre de la clause résolutoire.

81. De la même manière, un contractant décidant de mettre en œuvre la faculté de sortie que lui offre le législateur n'entend pas promouvoir un quelconque droit, une quelconque liberté ou rétablir un certain équilibre : il entend plus simplement quitter son partenaire parce que le contrat ne l'intéresse plus. Dans ces cas, alors qu'en principe un contrat à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme, le législateur autorise, au

¹³⁹ L'aspect pénal de cette disposition n'explique d'ailleurs pas plus, en amont, la volonté d'insérer la clause. Cf. *infra*.

¹⁴⁰ Il ne faut point oublier que la clause résolutoire est une « clause de style » ; ce n'est pas dire qu'elle n'est pas pour autant efficace, c'est dire qu'il n'est pas certain que les contractants aient toujours à l'esprit sa fonction comminatoire lors de la stipulation.

nom de la protection d'un contractant ou de la prise en compte d'un droit jugé fondamental, que ce dernier puisse tirer toutes les conséquences de son désintérêt en mettant licitement fin à la relation de manière anticipée.

82. Toutes les ruptures contractuelles, quels que soient la personne du sortant et le mécanisme employé, s'expliquent donc par une perte d'intérêt. Bien que l'affirmation nous semble évidente, il convenait d'en traiter pour au moins deux raisons : tout d'abord parce que la perte d'intérêt est la raison générale et abstraite de sortir, laquelle peut alors être « masquée » par d'autres considérations, comme la perte de confiance¹⁴¹ ou l'impossibilité de parvenir au but contractuel ; mais, justement, il ne s'agit que de « voies » conduisant à la perte d'intérêt. Ainsi, ensuite, les parties à un contrat doivent en avoir conscience et se prémunir contre les effets du temps qui passe en anticipant, dans de raisonnables limites, les différents événements qui pourraient survenir et mettre à mal leur intérêt de voir la relation contractuelle perdurer. En ce sens, celui de l'optimisation du contenu contractuel, il est alors évident que le risque de voir son intérêt atteint augmente avec la durée du contrat, le nombre de parties ou encore l'existence de relations transfrontalières. Ce sont autant d'éléments qui doivent servir aux rédacteurs dans leur repérage des éventuelles situations futures de blocage.

83. Encore une fois, si la perte d'intérêt sous-tend toute décision de sortie, elle ne la légitime pas forcément pour autant : il faut que cette atteinte soit prise en compte par la loi, la jurisprudence ou encore par la volonté des parties contractantes ; car en principe, et c'est ce que nous allons aborder à présent, la durée s'impose aux contractants, quand bien même seraient-ils désintéressés à un moment donné de l'exécution.

SECTION 2 La durée du contrat

84. La détermination de la durée de la convention implique l'impossibilité de sortir de la relation avant l'extinction du temps prévu pour l'exécution. En effet, que vaudrait la prévision d'une durée s'il est possible discrétionnairement de ne pas la respecter ? Il s'agit tout simplement pour les parties de respecter le contenu du contrat, c'est-à-dire la durée qu'ils ont déterminée par leurs propres stipulations (§1). Cette absence empêche donc généralement les parties de donner une suite « radicale » à leur

¹⁴¹ V. sur cette notion A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie*, Mare & Martin, 2012, préf. J. Mestre.

éventuelle perte d'intérêt pour l'exécution : il n'est pas, en principe, permis à l'une des parties de mettre en avant cette évolution pour s'évader de la relation contractuelle qu'elle jugerait moins intéressante (§2).

§1 La détermination de la durée obligatoire du contrat

85. Avant d'aborder concrètement la prévision expresse (**B.**) ou tacite (**C.**) de la durée obligatoire du contrat, il convient tout d'abord d'établir le lien entre le terme de l'obligation et cette notion de durée de la relation contractuelle (**A.**).

*A. Terme de l'obligation et durée du contrat*¹⁴²

86. Prévoir un terme pour l'obligation revient-il à prévoir une durée pour la relation ? Conscients que cette question dépasse, au moins pour partie, le cadre de notre étude, nous nous contenterons d'y apporter une réponse somme toute superficielle, intéressant directement l'impossibilité de principe de sortir de manière anticipée d'une relation conclue pour un certain temps.

87. Il est vrai que le Code civil n'envisage que *le terme de l'obligation* et rarement celui du contrat ou même, d'ailleurs, la notion de durée de la relation¹⁴³. Est-ce à dire pour autant que l'on ne peut parler de « terme du contrat » et, partant, de « durée de la relation contractuelle » ? Nous ne le pensons pas, *le terme du contrat* et *la durée de la relation* renvoient à une réalité juridique indiscutable, prise en compte par la pratique comme par la doctrine : ne distingue-t-on pas désormais usuellement *le contrat à durée déterminée* du *contrat à durée indéterminée*, ne serait-ce que pour la présentation de la faculté de résiliation unilatérale ?

88. En fait, comme l'a très justement relevé un auteur, « *la clé de compréhension est à trouver dans la distinction entre « l'objet du contrat » et « l'objet de l'obligation »* »¹⁴⁴. Cette distinction renvoie en définitive à l'existence d'obligations caractéristiques d'un type de contrat : *l'objet du contrat* peut être considéré comme

¹⁴² V. en dernier lieu C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier ; A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. dr. priv. T. 475, LGDJ, 2008, préf. T. Revet.

¹⁴³ V. toutefois les articles 1719 et suivants qui évoquent « *la durée du bail* » ou encore l'article 1780 qui précise notamment que « *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes* ».

¹⁴⁴ C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, *op. cit.*, n° 261, p. 232.

« l'objectif juridique des parties »¹⁴⁵, « l'opération juridique convenue entre les parties et qu'elles entendent réaliser » par le contrat¹⁴⁶. Dans la vente, par exemple le transfert de propriété représente l'exécution d'une *obligation essentielle*¹⁴⁷ de cette convention. Le même raisonnement peut alors être tenu concernant le terme du contrat.

89. Lorsqu'on parle de terme du contrat ou de contrat à durée déterminée, il s'agit d'une « *commodité de langage* »¹⁴⁸ : en appréciant le contrat comme une opération globale, un ensemble d'obligations, il doit être admis que la durée du contrat est celle de ses principaux effets recherchés par les contractants. Force est en effet de relever que l'extinction d'une obligation *essentielle*, ou en certain cas sa naissance suivie de son exécution¹⁴⁹, provoquée par l'arrivée du terme qui l'affublait, va se répercuter sur l'ensemble de la convention parce que les obligations accessoires¹⁵⁰ suivront et parce qu'il s'agira en général d'un contrat synallagmatique ; le terme d'une obligation devient alors celui de la relation en son entier.

B. La durée expressément prévue

90. Traiter de la *sortie* du contrat incite naturellement à aborder le terme *extinctif*. Il ne peut en effet échapper à personne, que ce terme a trait à la fin du contrat, comme cela ressort d'ailleurs clairement des manuels présentant la notion comme une cause d'extinction du contrat. Le terme extinctif « *détermine la durée d'une obligation puis à son échéance, [...] y met fin* »¹⁵¹. Cette modalité de l'obligation est donc celle qui la limite dans le temps, qui l'éteint pour l'avenir ; et la relation contractuelle de suivre le même sort en général, comme il vient d'être vu.

91. Cela dit, le terme suspensif – précisément sa déchéance – n'est pas étranger à l'idée de sortie du contrat. Plus généralement, il est des contrats dont la détermination de la durée, ou à l'inverse leur indétermination, est étroitement liée à la prévision expresse

¹⁴⁵ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 596, p. 297.

¹⁴⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 375.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 690, faisant référence à la distinction opérée par Pothier entre les obligations essentielles, naturelles et accidentelles.

¹⁴⁸ C. BLOUD-REY, *op.cit.*, n° 263, p. 234.

¹⁴⁹ Nous pensons ici par exemple à l'obligation de restitution dans un contrat de prêt du fait de la survenance de l'événement érigé en terme suspensif et dont l'exécution met fin à la relation contractuelle.

¹⁵⁰ Réserve faite des obligations post-contractuelles qui naissent ou se poursuivent justement après la sortie de la relation. *Cf. infra.*

¹⁵¹ C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 2, p. 17.

ou non d'un terme suspensif : ainsi, la durée du contrat de prêt dépend-elle de la prévision d'une date pour l'obligation de restitution. Un tel contrat sera considéré à *durée déterminée* s'il est prévu un moment pour l'exécution de celle-ci ou, comme le Code civil l'envisage en son article 1888, un usage déterminé ; à l'inverse, il sera dit à *durée indéterminée* si rien n'est envisagé par les parties sans que l'on puisse entrevoir un usage déterminé dans le temps. Peut-être est-il alors possible d'y voir l'existence d'un terme tacite extinctif du contrat. Quoi qu'il en soit, nous traiterons donc du terme, sans distinction, tant qu'il limite dans le temps la durée de la relation.

92. Il est désormais admis que les parties sont en principe libres de choisir la durée du contrat, comme de ne pas choisir et rester ainsi dans l'indétermination. Dans ce choix, la considération d'une possibilité de sortie a une place importante. On peut alors dire que celui-ci est à durée indéterminée quand il n'y a été stipulé aucun terme¹⁵². La question s'est pourtant posée de savoir s'il existait réellement un principe général de licéité des conventions à durée indéterminée¹⁵³ et donc s'il n'existait pas une obligation corrélative de prévoir, fût-ce tacitement, un terme extinctif ; en effet, d'une part, aucune disposition du Code civil ne prévoit un tel principe de validité et, d'autre part, l'indétermination de la durée ne conduirait-elle pas, dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, à une indétermination des quantités globalement dues, le contrat s'exposant donc à la sanction de l'article 1129 du Code civil¹⁵⁴ ? Mais, tout d'abord, il est clair que la jurisprudence accepte les conventions conclues sans terme extinctif, de sorte que l'on peut bien dire que « *la validité de l'engagement à durée indéterminée constitue un principe de notre droit des contrats* »¹⁵⁵. Ensuite, nous le savons, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁵⁶ a assoupli le régime de la nullité pour indétermination, l'article 1129 précité ne s'appliquant pas au prix. L'absence de durée prévue au contrat qui entraînerait une « simple » indétermination du prix n'est ainsi plus une potentielle cause de nullité. D'ailleurs, il a été démontré qu'il n'est pas de

¹⁵² Sous réserve de la révélation d'un terme implicite. Cf. *infra*.

¹⁵³ V. J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, *op. cit.*, n° 135 et s., p. 110 et s.

¹⁵⁴ V. également, se posant la question, J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 185.

¹⁵⁵ J. AZEMA, *op. cit.*, n° 153.

¹⁵⁶ Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. JEOL et note L. AYNES ; *JCP éd. G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL et note J. GHESTIN ; *JCP éd. E* 1996, n° 5, p. 776, note L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1996, p. 747, obs. P. DELEBECQUE ; *RJDA* 1/96, n° 7, concl. M. JEOL et chron. n° 3, M-A. FRISON-ROCHE ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; *Contr., conc., consom.* 1996, n° 1, obs. L. LEVENEUR ; *RTD com.* 1996, p. 316, note B. BOULOC.

l'essence du terme extinctif de fixer la quotité d'une obligation¹⁵⁷, de déterminer son objet : si le lien entre ces « *deux unités de mesures élémentaires* »¹⁵⁸ que sont le temps et la quantité peut être établi pour certains types de convention¹⁵⁹, il reste que, « *dans bon nombre de cas, l'étendue de l'obligation à exécution successive ne croît pas avec sa durée d'exécution* »¹⁶⁰.

93. Cela étant, la liberté des parties de choisir la durée du contrat est dans certains cas limitée par la loi : celle-ci impose parfois une durée maximum¹⁶¹. Dans une visée protectrice des intérêts de l'un des contractants, du marché¹⁶² ou encore dans le but de mettre en œuvre une politique sociale¹⁶³, l'échéance du terme légalement fixé libérera automatiquement les parties au bout d'une durée relativement courte¹⁶⁴.

94. À l'inverse, le législateur impose en certain cas une durée minimum¹⁶⁵ et ce « *en faveur de la sécurité* »¹⁶⁶ ; en effet, cette détermination autoritaire de la durée a pour but d'assurer une certaine stabilité de la relation contractuelle, c'est pourquoi cette exigence fait nécessairement obstacle à la conclusion d'un contrat à durée indéterminée,

¹⁵⁷ Comp. A ETIENNEY, *op. cit.*, spéc. n° 189 et s., p. 141 et s.

¹⁵⁸ C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 235, pp. 209-210.

¹⁵⁹ Ainsi est-il observé à propos du bail à loyer, que « *l'obligation de payer un loyer « se remplit » peu à peu au fil de l'exécution du contrat de bail* » (C. BLOUD-REY, *op. cit.*, *loc. cit.*).

¹⁶⁰ C. BLOUD-REY, *op. cit.*, *loc. cit.*, donnant comme exemple « *l'obligation qui porte sur un corps certain* » ou encore l'« *obligation monétaire dont le montant est fixé forfaitairement* » (l'auteur souligne).

¹⁶¹ V. par exemple l'article 1873-3, alinéa 1^{er}, du Code civil qui interdit les conventions d'indivision à durée déterminée pour une durée supérieure à cinq ans. V. également l'article L. 132-19, alinéa 3, du Code de la propriété intellectuelle fixant un maximum de cinq ans pour la durée du contrat de représentation exclusive d'une œuvre de l'esprit. De même encore, en matière de conventions collectives, l'article L. 2222-4 du Code du travail limite à cinq années la durée de tels engagements quand celle-ci est déterminée, mais énonce bien que ces accords peuvent être à durée indéterminée. V. à ce sujet C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 309 et s., p. 266 et s. ; J. AZEMA, *op. cit.*, n° 16 et s., p. 13 ets., spéc., n° 38 et s., p. 30 et s.

¹⁶² Il s'agit d'interdire la possibilité de voir un contractant, souvent présumé faible, engagé dans une relation trop longue au regard de l'économie du contrat ; il s'agit également de la mise en œuvre d'une politique concurrentielle. Voir ainsi l'article L. 330-1 du Code de commerce qui limite à dix années l'engagement d'exclusivité d'approvisionnement ou encore les dispositions du règlement d'exemption n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 (article 5).

¹⁶³ V. par ex., limitant la durée de contrat de travail à durée déterminée, l'article 1242-8 du Code du travail.

¹⁶⁴ Par exception à cette conception de la détermination autoritaire de la durée, le contrat de société ne peut excéder quatre-vingt dix-neuf ans, sans pouvoir être indéterminé quant à sa durée. Le maximum légal peut ici paraître long, mais il s'agissait d'assurer une certaine pérennité à l'institution. L'indétermination est quant à elle prohibée pour la même raison : la conséquence principale que l'on attache en droit des contrats à cette indétermination est l'existence d'une faculté de résiliation unilatérale ; or, l'exercice de cette faculté, la dissolution unilatérale en l'occurrence, entraînerait l'anéantissement de l'institution convention. V. not. en ce sens M. GERMAIN et F. VINCKEL, *Durée de la société*, JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 20-40, n° 4.

¹⁶⁵ V. ainsi par exemple l'article L. 411-5 du Code rural pour les baux ruraux, l'article L. 145-4, alinéa 1^{er}, du Code de commerce, ou encore l'article 10, alinéa 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 pour les baux d'habitation. V. J. AZEMA, *op. cit.*, n° 68 et s., p. 51 et s. ; C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 312 et n° 313, p. 269 et s.

¹⁶⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4-Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000, § 140, p. 273.

lequel serait en principe résiliable par volonté unilatérale : ainsi en est-il par exemple de la durée des baux ruraux, commerciaux ou d'habitation. Il est alors intéressant, mais non surprenant, de relever qu'en ces hypothèses le législateur prévoit parfois une faculté d'évasion, essentiellement au profit de la partie protégée¹⁶⁷.

95. Enfin, il est des contrats pour lesquels l'existence d'un terme extinctif relève de leur nature même¹⁶⁸. Ainsi en est-il par exemple du contrat de rente viagère, l'obligation du débirentier étant « naturellement » affublée d'un terme extinctif constitué par le décès d'une personne.

96. Il n'en demeure pas moins que la plupart du temps les parties auront, si elles ont opté pour la détermination de la durée de leurs engagements, à prévoir ce temps pendant lequel elles seront engagées¹⁶⁹, de manière précise (1.) ou imprécise (2.) ;

1. Le terme précis

97. Les parties peuvent, en premier lieu, fixer très simplement et objectivement une date précise pour la fin de leur relation, de même qu'elles peuvent convenir d'une durée tout aussi clairement spécifiée¹⁷⁰ : le contrat prendra alors fin tel jour, tel mois...ou s'exécutera pendant tant de jours, de mois ou d'années. Les choses sont donc ici très claires, pourvu que la durée ainsi stipulée ne soit pas trop longue, excessive comme pouvant rendre le rapport perpétuel. Les parties auront ainsi prévu un terme certain, c'est-à-dire qu'il surviendra à une date connue : la durée est *déterminée*. Il revient au même de faire référence à un autre contrat, et plus précisément à sa durée si celle-ci est déterminée¹⁷¹.

2. Le terme imprécis

98. Il est encore loisible aux parties de se contenter d'un terme incertain, dont la survenance est certaine mais la date inconnue : le terme sera *déterminable*. Il s'agit en

¹⁶⁷ V. par ex. l'article 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 pour les baux d'habitation.

¹⁶⁸ V. le recensement de C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, *op. cit.*, n° 180 et s., p. 165 et s.

¹⁶⁹ V. sur ce point les substantiels développements de C. BLOUD-REY, *op. cit.*, spéc. n° 302 et s., p. 261 et s. ; v. déjà J. AZEMA, *op. cit.*, n° 84 et s., p. 65 et s.

¹⁷⁰ Il s'agit alors de distinguer le *terme-échéance* du *terme-délai*, v. C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 321 et s., p. 277 et s. L'auteur relève justement le désintérêt de la doctrine pour cette distinction, alors que cela emporte certaines conséquences qu'il est utile de relever : le problème de la computation du délai ne se pose que pour la deuxième catégorie, alors que le problème de l'anticipation du terme ne se pose que pour la première.

¹⁷¹ V. J. AZEMA, *op. cit.*

quelque sorte d'une catégorie intermédiaire, « *d'une variété de contrats à durée déterminée, les contrats à durée déterminable, faute de quoi on serait amené à traiter comme étant faits sans détermination de durée les contrats assortis d'un terme incertain* »¹⁷².

99. Cette idée se justifie d'autant plus qu'il est parfois, sinon impossible, au moins préférable de s'en tenir à une « simple » déterminabilité. Dans ce sens, la mort est un terme imprécis, de réalisation inéluctable et donc valable, comme l'a clairement énoncé la chambre sociale de la Cour de cassation en 1992¹⁷³. C'est d'ailleurs le seul, en toute objectivité. Ce qui complique singulièrement la matière puisque si la Cour de cassation a un temps admis l'idée d'une certitude subjective, maîtrisée – décidée ? – par les parties (a)), des décisions semblent être revenues sur cette position (b)). Or, restreindre ainsi la notion de terme, au profit en définitive de celle de condition éventuellement invalidante, porte atteinte à l'objectif de sauvegarde du lien contractuel : la recherche d'efficacité doit alors conduire à préciser le critère de la certitude acceptable (c)). L'enjeu, concernant notre étude, est évident¹⁷⁴ : la détermination implique l'impossibilité de sortir de manière anticipée et justifie la stipulation de clauses en ce sens, alors que l'indétermination s'accompagne de la faculté de résiliation unilatérale.

a. Le pouvoir de la volonté sur la certitude

100. La volonté des parties a-t-elle un pouvoir sur le caractère certain de l'événement érigé en terme, en tout cas le droit l'a-t-il parfois reconnu : un événement, incertain quant à sa réalisation même, peut être qualifié de terme par les parties, pourvu qu'elles le considèrent, subjectivement, comme de réalisation certaine¹⁷⁵. Il s'agit ici, dans une approche conceptuelle de la notion¹⁷⁶, d'admettre l'influence de la volonté sur la

¹⁷² H. ROLAND, *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*, Mélanges P. Voirin, LGDJ, 1966, p. 740. Et l'auteur d'ajouter : « *il est indifférent, sous l'angle de la dissolution, que l'échéance se prête ou non à une précision chronologique à l'avance ; ce qui importe c'est la stipulation d'un terme quel qu'en soit le caractère* ».

¹⁷³ Cass. soc., 28 oct. 1992, *Bull. civ.*, V, n° 521, p. 329; *RTD civ.* 1993, p. 355, obs. J. MESTRE ; *JCP éd. G* 1993, I, n° 3660, note M. BILLIAU. V. encore Cass. 3^{ème} civ., 18 janv. 1995, *D.* 1995, IR, p. 41, considérant qu'un bail conclu jusqu'au décès des preneurs est à durée déterminée. La solution est d'ailleurs la même que celle concernant le terme suspensif.

¹⁷⁴ V. ég. en ce sens E. ETIENNEY, *Extinction du contrat. Les causes*, Jurisclasseur Contrats – Distribution, fasc. 175, n° 78.

¹⁷⁵ V. par ex J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse (dactyl.) Lille. 1977, n° 56, p. 90.

¹⁷⁶ Celle qui s'attache à qualifier la modalité au regard de la nature de l'événement visé et qu'il convient de distinguer de l'approche fonctionnelle de la modalité contractuelle : cette dernière, qui conduit à qualifier la majorité des clauses de sortie de condition (cf. *infra*), permet également de distinguer cette modalité du

certitude d'un événement. Cela permet souvent de sauver le lien contractuel puisque la qualification de condition, « logiquement » retenue lorsqu'il s'agit d'un événement de réalisation objectivement incertaine, est écartée : on fait ainsi d'une éventuelle condition potestative, puisque éventuellement maîtrisée par une partie, un terme imprécis, c'est-à-dire valable parce que de réalisation subjectivement certaine.

101. Prenons ainsi pour exemple la situation suivante : une personne A s'engage à accomplir une obligation au profit d'une personne B lorsqu'elle – *personne A* – aura vendu un bien déterminé. Si ces parties considèrent que la vente aura certainement lieu, il faut y voir un terme, imprécis. À l'inverse, si l'on envisage l'existence d'une condition, en considérant l'événement comme incertain objectivement, force est de constater que la personne A maîtrise tant la date que la réalisation même de la vente ; cette condition serait alors empreinte de potestativité qui pourrait être considérée comme illicite.

b. La certitude objective

102. Après avoir un moment opté pour cette analyse consacrant l'existence d'une certitude subjective¹⁷⁷, la jurisprudence a évolué sur le sujet. Par deux décisions, respectivement du 13 avril 1999¹⁷⁸ et du 13 juillet 2004¹⁷⁹, la Haute juridiction, visant l'article 1185 du Code civil, est semble-t-il revenue à une stricte interprétation de la modalité obligationnelle dans un attendu ciselé rappelant que « *l'événement étant incertain non seulement dans sa date, mais aussi quant à sa réalisation, il s'agissait d'une condition et non d'un terme* ». À la suite de la première de ces décisions, on pouvait croire qu'il s'agissait seulement d'une restriction apportée au pouvoir de la volonté, laquelle ne pourrait rendre subjectivement certain que ce qui relève de la maîtrise des parties¹⁸⁰ ; les événements dont la réalisation leur échapperait ne pouvant alors conduire

terme. V. J.-D. PELLIER, *Les conflits de qualification entre le terme et la condition*, RRJ 2008/2, p. 913 et s. ; V. déjà P. DEROUIN, *Pour une analyse fonctionnelle de la condition*, RTD civ. 1978, p. 1 et s.

¹⁷⁷ V. par exemple Cass. 3^{ème} civ., 4 déc. 1985, *Bull. civ.*, III, n° 162 ; *Defrénois* 1986, p. 1103, obs. J.-L. AUBERT, p. 1178, obs. G. VERMELLE ; RTD civ. 1987, p. 98, obs. J. MESTRE. Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1994, *Bull. civ.*, I, n° 377 ; JCP éd. G 1995, I, 3843, n° 1, obs. M. BILLIAU.

¹⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 131 ; *Defrénois* 1999, p. 1001, obs. D. MAZEAUD ; *D. aff.* 1999, p. 937, obs. J. F. ; JCP éd. G 2000, II, 10309, note A.-S. BARTHEZ

¹⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 204 ; JCP éd. G 2004, II, 10155, concl. J. SAINTE-ROSE ; RTD civ. 2004, p. 734, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2004, p. 1396, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 2005, p. 1009, note A. BORIES ; *Rev. sociétés* 2005, p. 378, obs. D. BONNET. V. ég. Cass. com., 20 mars 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 93 ; *D.* 2007, AJ, p. 1013, obs. X. DELPECH.

¹⁸⁰ D. MAZEAUD, obs précitées sous Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1999. En effet, le doute subsistait puisque dans cette espèce était mise en cause une disposition contractuelle faisant dépendre « la durée » du contrat de la survenance d'un fait juridique – augmentation du nombre d'entrées dans un cinéma. Monsieur le Professeur Mazeaud conclut alors au maintien de la possibilité pour les parties d'ériger en terme la survenance d'un

qu'à la prévision d'une condition. Mais la seconde décision est selon certains venue clarifier ce point¹⁸¹, de sorte qu'il est désormais permis de penser que la possibilité pour les parties d'influer sur la survenance de l'événement ne participe pas à la qualification de la modalité. Ce retour « à une certaine orthodoxie des textes »¹⁸² paraît alors consacrer « la détermination matérielle de la nature de l'événement »¹⁸³ : le caractère *objectivement* certain de la réalisation de l'événement semble être le critère de qualification.

103. Si cette position devait être fermement établie dans le temps¹⁸⁴, en des termes aussi généraux que ceux employés par la Cour régulatrice dans les décisions précitées, ne faudrait-il pas considérer qu'il ne reste que la mort qui puisse être érigée en terme imprécis ? En effet, à part l'écoulement du temps ou la survenance de la fin, rien n'est objectivement inéluctable¹⁸⁵. Et il est vrai que cette réalité terrestre appliquée à la modalité cadre mal avec la pratique contractuelle, laquelle a trouvé dans des mécanismes une utilité incontestable par l'introduction d'une certaine souplesse. Que l'on songe par exemple à la détermination de la durée en référence à la réalisation de l'objet du contrat : qui peut contester l'utilité d'une telle prévision ? Qui peut toutefois affirmer, en toute objectivité, que l'objet se réalisera ? On touche ici aux limites de la *détermination matérielle*, ce qui pousse alors au moins un auteur à proposer une méthode de distinction des modalités ne s'attachant pas à la nature de l'événement mais à sa fonction dans l'esprit des parties¹⁸⁶. Pour plaisante que soit cette proposition, est-il vraiment différent, dans l'esprit et en pratique, d'analyser l'effet de la volonté sur la fonction d'une stipulation contractuelle ? Cela nous semble rejoindre, en fait, l'analyse de la considération des parties sur la certitude de la réalisation de l'événement.

événement qui « relève de la sphère de la volonté d'un des contractants » ; c'est-à-dire, en définitive, lorsque l'événement représente un acte juridique que l'une des parties s'est engagée à conclure ou à exécuter.

¹⁸¹ Dans cette affaire, complexe, il était cette fois-ci question d'un événement qu'il était au pouvoir de l'une des parties de faire arriver ou d'empêcher.

¹⁸² J. SAINTE-ROSE, concl. précitées sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004

¹⁸³ J.-D. PELLIER, *art. cit.*, p. 929.

¹⁸⁴ On peut encore trouver des décisions récentes qui font une large place à une certaine certitude subjective : v. par ex. Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-01169, *inédit*. Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 2004, n° 03-15125, *inédit* ; Cass. 3^{ème} civ., 25 sept. 2005, n° 00-22.888, *inédit*.

¹⁸⁵ J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse précitée, n° 52 ; C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 26, p. 43.

¹⁸⁶ V. J.-D. PELLIER, *art. cit.*

104. Qu'en est-il, suite à cette restriction, de l'objectif légitime de sauvegarde du lien contractuel ? Nous pensons, avec d'autres¹⁸⁷, que la solution peut être trouvée ailleurs. Si l'événement érigé en modalité n'est pas objectivement certain, il s'agira d'une condition ; si sa réalisation est maîtrisée par une partie, elle sera *potestative* et lorsque cette partie est le débiteur de l'obligation conditionnelle, l'illicéité doit être envisagée. On en revient donc à la question de la juste sanction d'une condition potestative, que l'on traitera par la suite sous le seul angle de la clause de sortie, condition résolutoire¹⁸⁸. Cependant, l'esprit est le même concernant les conditions suspensives potestatives¹⁸⁹ : il s'agit d'admettre leur validité de principe et d'organiser le contrôle de la mise en jeu du mécanisme pour envisager, le cas échéant, la sanction de l'article 1178 du Code civil. En définitive, il ne paraît pas nécessaire d'étendre artificiellement le domaine du terme pour sauver la relation. Réviser la sanction de la condition potestative, inadaptée aux relations contractuelles actuelles, nous semble moins choquant qu'accorder à la volonté humaine un pouvoir qu'elle n'a pas.

c. Le critère de l'obligation

105. Cela dit, même si le problème du pouvoir arbitraire peut être réglé de manière autonome¹⁹⁰, nous avouons avoir quelques difficultés à envisager certains contrats comme non conclus pour une durée déterminée, c'est-à-dire comme ne prévoyant pas de terme extinctif. Nous pensons ici aux contrats susvisés dont la durée correspond à celle de la réalisation de leur objet : pourquoi nous semble-t-il « gênant » d'envisager tous ces contrats comme renfermant, plutôt qu'un terme incertain, une condition ? Parce qu'en ce cas le lien contractuel, qui paraît pourtant sérieux, pourrait être remis en cause ; et ce, sinon sur le terrain de la condition potestative, à tout le moins sur celui de la perpétuité¹⁹¹. Ne devrait-on pas tout de même appréhender la question de manière plus large, en envisageant encore autrement la certitude ? Ne faut-il pas ainsi imaginer que les parties peuvent considérer la survenance de l'événement comme certaine parce qu'il y a eu

¹⁸⁷ V. par ex. J.-D. PELLIER, *art. cit.*, qui, sans retenir il est vrai cette méthode de distinction entre le terme et la condition, relève que l'évolution en marche de la sanction de la condition potestative permet un sauvetage du lien contractuel.

¹⁸⁸ Cf. *infra*.

¹⁸⁹ V. not. à ce sujet, B. DONDERO, *De la condition potestative licite*, *RTD civ.* 2007, p. 677 et s. ; W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, *RTD civ.* 2007, p. 701 et s.

¹⁹⁰ Comp. A. BORIES, note préc. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, qui relève qu'il convient de dissocier la question de la qualification de la modalité de celle du contrôle de la potestativité dans la relation contractuelle.

¹⁹¹ Le pouvoir sur la durée peut en effet conduire à une perpétuité de l'engagement.

engagement ferme sur sa réalisation ? Cela ne doit pas revenir à admettre sans ambages l'existence d'une certitude subjective, telle que développée précédemment. Les raisonnements se recourent mais ne se superposent point forcément. Ils se ressemblent en ce qu'ils conduisent tous deux à s'écarter de la réalité physique, mais se distinguent sur un point important : d'un côté on permet à la volonté, appréciée *inter partes*, d'assimiler en tous les cas ce qui n'est pas inéluctable à ce qui est certain ; d'un autre il s'agit d'admettre que l'efficacité d'un système juridique, qui sanctionne la défaillance volontaire dans l'accomplissement d'un engagement, conduit à une certitude. Pour cela, il convient donc d'accepter l'idée de cette fiction juridique, ce qui nous semble moins aberrant que prendre juridiquement en compte l'existence et l'efficacité d'une conviction *inter partes*¹⁹². Le critère de qualification devient alors celui de l'obligation. Dans ce cadre, un contrat conclu pour le temps de la réalisation de son objet est bien un contrat à durée déterminée puisqu'il ne fait pas de doute que les parties se sont engagées à s'exécuter.

106. Sûrement alors le terme de *certitude* doit-il être discuté. Car on se rend bien compte que cette vision peut entrer en contradiction avec notre position quant à la nature de la clause résolutoire¹⁹³ : nous soutenons en effet que l'exécution n'est pas absolument certaine dans l'esprit des parties lorsqu'elles prévoient la possibilité de rompre en cas d'inexécution du cocontractant, ce qui permet d'ériger l'inexécution en événement conditionnant et, partant, de qualifier la clause résolutoire de *condition résolutoire*, comme toutes les stipulations sur lesquelles nous travaillons. Il nous faut donc bien admettre que le sentiment que nourrissent les parties n'entraîne pas chez elles la *certitude* de l'exécution. En définitive, plutôt que de certitude, il s'agit d'un *espoir suffisant* qui, tout à la fois, justifie l'insertion d'une clause résolutoire, permet d'encadrer temporellement le contrat et surtout, fondamentalement, participe à expliquer pourquoi les parties se sont engagées¹⁹⁴.

¹⁹² Encore que l'existence même du contentieux sur la qualification de la modalité témoigne, au moins en certains cas – il convient d'excepter l'opportunisme juridique –, de ce que les parties ne partagent pas la même conviction !

¹⁹³ Cf. *infra*.

¹⁹⁴ Comp. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Bibl. dr. priv. T. 484, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur, n° 184, p. 134 : « il nous semble que ce qui justifie l'existence de l'obligation c'est la possibilité d'atteindre le but inscrit au contrat, en principe, la possibilité d'obtenir la contre-prestation [...]. La seule possibilité d'obtenir le but suffit à justifier la naissance de l'obligation [...] » (l'auteur souligne).

107. Les parties peuvent donc, selon nous, valablement stipuler que la durée du contrat qui les lie correspond au temps nécessaire à la réalisation de l'opération qu'elles projettent. Elles le feront d'autant plus efficacement si elles prennent soin de prévoir, en plus, une date butoir¹⁹⁵ ; ainsi, tout problème lié à l'existence d'une certaine subjectivité sera atténué par le fait que la relation est objectivement encadrée. Le contrat sera alors à durée déterminée et elles ne pourront en principe s'en départir, sauf en présence d'une clause en ce sens.

C. La durée dans le silence du contrat

108. En règle générale, les conventions sans précision de durée sont considérées comme étant conclues pour un temps indéterminé. Toute qualification de contrat à durée déterminée n'est pas exclue pour autant puisque, tout d'abord, la durée sera forcément déterminée dans le silence des parties lorsque la loi prévoit un minimum. Ensuite, le législateur a prévu des règles pour certains contrats ; et c'est encore en matière de bail, qui est au centre de bon nombre de préoccupations législatives, que des exemples nous sont fournis, notamment aux articles 1757 et 1758 du Code civil¹⁹⁶. Le premier prévoit que le bail relatif aux biens meublant une « maison [...] est censé fait pour la durée ordinaire des baux de maison [...] suivant l'usage des lieux ». Quant au second, il concerne le bail d'un appartement meublé, lequel « est censé fait à l'année, quand il a été fait à tant par an ; au mois, quand il a été fait à tant par mois ; au jour, quand il a été fait à tant par jour », la durée est donc fonction des modalités prévues pour le paiement du loyer ou, également, « de l'usage des lieux » si rien n'est spécifié quant au paiement.

109. Enfin, même sans prévision légale expresse, le juge pourra – ou devra –, le cas échéant, s'appuyer sur les stipulations des parties et ainsi procéder à une interprétation de leur volonté concernant la durée dans laquelle ils ont entendu insérer leur engagement. C'est pourquoi la Cour de cassation¹⁹⁷ est venue censurer une Cour d'appel qui estimait qu'un prêt était à durée indéterminée, « sans rechercher quelle avait été la commune intention des parties quant à la durée du prêt ». Encore une fois, la question est

¹⁹⁵ V. ég. en ce sens M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibl. dr. priv. T. 505, LGDJ, 2009, préf. D. Mazeaud, n° 225, p. 162 et les références employées.

¹⁹⁶ V. encore l'article 1774, du même Code, pour ce qui est de la durée présumée des baux ruraux, censés faits « pour le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille les fruits de l'héritage affermé ».

¹⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1985, *Bull. civ.*, I, n° 259.

importante puisque le régime de la rupture du contrat en dépend, comme nous allons maintenant le voir.

§2 La durée obligatoire ou l'absence de prise en compte de l'intérêt contractuel

110. L'échéance du terme entraîne automatiquement la fin de la relation, c'est-à-dire qu'elle se produira de plein droit sans qu'il soit nécessaire de s'accorder sur ce point puisque telle était la volonté des parties lors de la formation du contrat, qu'elles ont voulu limité dans le temps. Si la règle n'est posée expressément que pour le bail, elle n'en demeure pas moins de portée générale car il ne s'agit finalement que de l'application de l'article 1134 du Code civil : les parties se sont obligées à respecter une durée déterminée, laquelle ne pourra donc, d'une manière générale et faute de nouvel accord, être *plus longue* : il n'existe pas de droit au renouvellement de leur relation contractuelle (**A.**). De même qu'elle ne saurait être plus courte : la rupture anticipée est en principe inconcevable (**B.**).

A. L'absence de droit au renouvellement

111. Si nous nous écartons, certes, quelque peu de l'objet de notre étude, la notion mérite toutefois que l'on s'y intéresse brièvement, dans la mesure où, d'une part, la décision de ne pas renouveler procède de cette même idée de sortir du contrat ; d'autre part, les parties peuvent encore choisir de maintenir leur relation, notamment en continuant l'exécution de leurs obligations, sans nouvel accord exprès et malgré l'échéance du terme : la tacite reconduction peut être de nature à modifier la durée du contrat et donc le régime de sortie.

112. Les parties ayant encadré leur union contractuelle dans le temps, elles seront libres, à l'échéance du terme ainsi fixé, de décider d'en rester là, c'est-à-dire de laisser jouer l'effet automatique de ce terme : l'application de la loi contractuelle conduit à la fin du contrat sans que puisse être reconnu, sauf prévision légale particulière¹⁹⁸, un quelconque droit au renouvellement au profit de l'une ou l'autre des parties, peu importe

¹⁹⁸ Ici encore le bail fait l'objet d'attentions particulières : pour le bail d'habitation, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 prévoit, en son article 10, que si le bailleur ne donne pas congé au locataire dans des conditions précisées, le contrat arrivé à terme est soit tacitement reconduit, soit renouvelé, pour une durée égale à celle du contrat initial. Le bail commercial, quant à lui et d'après les articles L. 145-8 et suivants du Code de commerce, sera, à défaut de congé avec paiement d'une indemnité, tacitement reconduit pour une durée indéterminée, ou pour neuf ans en cas de prévision du renouvellement par les parties. V. encore les articles L. 411-46 à L. 411-68 du Code rural.

que l'autre partie ait un intérêt à voir la relation contractuelle perdurer au-delà. Cette application de la liberté contractuelle, qui se traduit par l'absence de motivation à fournir ou d'indemnité à verser, est fréquemment rappelée en jurisprudence¹⁹⁹. Cela dit, cette liberté de ne pas renouveler n'échappe pas à tout contrôle : encore faut-il, selon la jurisprudence, que son exercice ne soit pas *abusif*. L'abus pourra alors être caractérisé suivant les circonstances entourant cette décision, essentiellement lorsque l'auteur de la cessation aura faussement fait croire au futur renouvellement²⁰⁰. On peut encore relever que l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies, pourrait être invoqué pour engager la responsabilité du sortant.

113. Ces problèmes seront éventuellement évincés, si, tout simplement, renouvellement il y a. Cependant, toute difficulté ne sera pas écartée s'il s'agit de reconduire *tacitement* le contrat. La tacite reconduction²⁰¹, « *technique générale du droit contractuel* »²⁰², consiste en la continuation de l'exécution de leurs obligations par les parties, en dépit de l'arrivée du terme et sans nouvel accord. Il n'est pas question ici, au sein de notre étude, de traiter de manière complète la notion²⁰³, mais seulement en ce qu'elle influence le régime de la sortie. Et la question se pose en effet de savoir, en cas de tacite reconduction, qu'elle ait été prévue ou non par une clause, quelle est la durée du nouveau contrat. Sera-t-elle *indéterminée*, ce qui implique le droit de résilier unilatéralement, ou *déterminée*, le « nouveau » terme s'imposant alors aux parties ?

114. Le législateur règle parfois la question en précisant la durée du contrat renouvelé. Ainsi, concernant les baux à usage d'habitation, l'article 10, alinéa 3, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précise que la durée pour laquelle est reconduite le contrat est

¹⁹⁹ V. parmi de nombreuses décisions: Cass. com., 23 avr. 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 128 ; *RTD civ.* 1986, p. 106, obs. J. MESTRE, qui juge qu'un concédant n'est pas en faute pour avoir proposé la conclusion d'un nouveau contrat, à des conditions différentes du premier arrivé à terme ; Cass. com., 25 avr. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 99 obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 15 janv. 2008, *Bull. civ.*, IV, n° 4.

²⁰⁰ V. par exemple Cass. com., 3 juill. 2001, *RJDA* 2001, n° 1202 ; *RTD civ.* 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; v. encore récemment Cass. soc., 27 févr. 2007, n° 06-40943, *inédit*.

²⁰¹ V. B. AMAR-LAYANI, *La tacite reconduction*, D. 1996, chr., p. 143 ; D. FAVRE, *Contribution à l'étude de la tacite reconduction*, PA 7 août 1996, p. 23.

²⁰² J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 244, p. 298. Cette notion, expressément prévue pour le bail à l'article 1738 du Code civil, doit être généralisée, d'après l'opinion majoritaire en doctrine, à tous les contrats ; dans ce sens, V. C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, T. 3 – Le contrat, Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd., 2007, n° 206, p. 175. La jurisprudence, d'ailleurs, paraît largement favorable à cette idée : V. Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 1980, *Bull. civ.*, I, n° 220 ; Cass. com., 13 mars 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 77 ; Cass. soc., 28 oct. 1992, précité.

²⁰³ Nous renvoyons le lecteur aux ouvrages généraux, notamment J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 243 et s., p. 297 et s. *Adde* B. AMAR-LAYANI, chronique précitée.

de trois ans s'agissant d'un bailleur personne physique et de six ans pour les bailleurs personnes morales²⁰⁴. En matière d'assurance, l'article L. 113-15 du Code des assurances retient quant à lui une durée d'un an pour le contrat renouvelé. A l'inverse, l'article L. 1243-11, alinéa 1^{er}, du Code du travail dispose que « *lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée* ».

115. En dehors de ces hypothèses légalement prévues, il semble qu'il existe une certaine présomption quant à la volonté des parties continuant l'exécution malgré l'échéance du terme : on présume qu'elles ont voulu continuer pour une durée indéterminée²⁰⁵. L'explication est à trouver dans la limitation des « *inconvenients d'une interprétation inexacte de la volonté* »²⁰⁶, par l'octroi, en définitive, d'une faculté de sortie inhérente à l'indétermination de la durée. C'est ainsi que les juges décident régulièrement du caractère indéterminé de la durée du contrat tacitement reconduit²⁰⁷. Nous relèverons simplement que l'existence d'une clause prévoyant la reconduction tacite ne semble pas, faute de précision par les parties, en changer le régime : le contrat reconduit en présence d'une telle clause est réputé à durée indéterminée²⁰⁸, ce qui, à tout le moins, remet en cause l'utilité d'une telle stipulation²⁰⁹. Surtout, si l'on en revient à la justification de la présomption d'indétermination, on peut se demander si cela n'est pas incohérent : « *le renouvellement ne reposant pas sur la découverte d'une volonté plus ou moins certaine, mais sur une clause expressément acceptée au départ [...], point n'est*

²⁰⁴ V. également l'article 1738 pour les baux écrits renvoyant aux dispositions de l'article 1736, concernant les baux verbaux, lequel prévoit que la durée est celle fixée « *par l'usage des lieux* », tout comme l'article 1759 pour le contrat de louage en général.

²⁰⁵ En ce sens J. AZEMA, *op. cit.*, n° 297 ; B. AMAR-LAYANI, *chr. préc.*, p. 147. Comp. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 254, pp. 310-311, préconisant une autre voie que celle d'une présomption générale et d'un recours à l'interprétation de la volonté des parties. Il conviendrait selon eux de réfléchir sur ce qui devrait conduire à adopter l'une ou l'autre des solutions : d'un côté, la détermination de la durée du contrat, on le sait, assure une certaine stabilité juridique puisque les parties seront liées jusqu'au terme ; d'un autre, l'indétermination de la durée des engagements tacitement reconduits implique la liberté pour les contractants de les résilier unilatéralement. Resterait à apprécier, suivant la nature du contrat, s'il est « *socialement utile et conforme à la justice commutative* » que le contrat demeure à durée déterminée, à l'image de la convention initiale, ou bien s'il est préférable qu'il soit réputé à durée indéterminée : « *La Cour de cassation pourrait alors, contrat nommé par contrat nommé, poser la présomption la plus adéquate* ».

²⁰⁶ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁷ Cass. soc., 5 mai 1961, *Bull. civ.*, IV, n° 468. Cass. com., 18 févr. 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 78 ; D. 1993, jur. p. 57, note C. HANNOUN V. encore Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, *Contr., conc., consom.* 2006, comm. 43, p. 11, note L. LEVENEUR ; D. 2006, p. 587, note M. MEKKI ; *RTD civ.* 2006, p. 114, obs. J. MESTRE et B. FAGES. *Contra* cependant : Cass. com., 20 oct. 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 324, toujours par une interprétation de la volonté des parties.

²⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, précité.

²⁰⁹ En ce sens, v. L. LEVENEUR, note précitée sous Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005.

besoin de chercher à sauvegarder par précaution la liberté des parties en leur permettant de se dégager à tout moment »²¹⁰.

116. La présomption devrait donc être en ce cas inversé, ce qui légitimerait alors d'autant plus le recours aux clauses de sortie dans le contrat originaire²¹¹, lesquelles devraient également être reconduites dans le nouveau contrat à durée déterminée. Mais la principale raison de stipuler une telle faculté réside dans le caractère obligatoire de la durée prévue qui fait en principe de la sortie anticipée une inexécution fautive du contrat.

B. Non respect du terme : la rupture anticipée fautive

117. L'effet principal, non de l'échéance, mais cette fois-ci de l'existence même d'un terme, est que toute résiliation unilatérale anticipée est en principe prohibée : une telle rupture est fautive car son auteur méconnaît la force obligatoire du contrat qui s'impose à lui pendant toute sa durée, qu'il a voulue déterminée. Comme la formation, une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée ne peut alors se concevoir que dans l'accord des parties, dans leur volonté commune affirmée de cesser d'exécuter leurs engagements, c'est-à-dire dans le *mutuus dissensus*.

118. Ce principe, aussi nécessaire que logique, est désormais clairement entendu de tous, ce qui n'empêche pas pour autant la Cour de cassation d'avoir encore à le préciser. Sa chambre commerciale²¹², par exemple, est ainsi venue rappeler « *que la Cour d'appel ayant relevé que le cautionnement avait été consenti et accepté jusqu'au terme déterminé par l'entière exécution du remboursement dont il était la garantie et l'accessoire, a considéré à bon droit que de ce fait le cautionnement constituait un engagement à durée déterminée qui ne pouvait être rompu unilatéralement avant la survenance du terme convenu* »²¹³.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ En cas de conclusion d'un contrat d'une courte durée – ce qui limite en principe le risque pour les parties de voir leur intérêt atteint –, la prévision d'une clause de reconduction tacite, si la proposition évoquée devait être adoptée, est susceptible de conduire à une augmentation sensible de la durée globale de la relation, donc du risque que survienne un événement de nature à mettre à mal l'intérêt de poursuivre la relation. Même si le contractant, en l'absence de clause, ne demeurera lié que pour la courte durée du contrat reconduit, une stipulation de sortie lui permettrait de ne pas avoir à « subir » le contrat.

²¹² Cass. com., 5 mai 1982, *Bull. civ.*, IV, n° 154, p. 137.

²¹³ Les juges ont donc tout d'abord caractérisé l'existence d'un terme déterminable, le remboursement d'une dette, terme certain quant à sa réalisation mais incertain quant à la date de sa survenance : les parties ont ainsi fait référence à l'objet du contrat.

119. Par la suite, la même juridiction²¹⁴ a approuvé les juges du fond d'avoir sanctionné l'auteur d'une rupture anticipée car les parties au litige étaient liées « *par un contrat de distribution (...) renouvelable d'année en année par tacite reconduction, sauf dénonciation moyennant un préavis de trois mois* » et donc « *l'arrêt retient à bon droit que la résiliation, intervenue en cour d'exécution du contrat, par la société (...), constitue une faute ouvrant droit à réparation* ». Pour justifier sa rupture, la société en question avançait le non respect par son cocontractant des objectifs fixés, ainsi que d'autres manquements graves entraînant, selon elle, la « *rupture inéluctable* » dudit contrat. Mais ces prétentions sont rejetées car « *l'arrêt retient que le contrat de distribution ne comporte aucune stipulation prévoyant la possibilité d'une résiliation extra-judiciaire, par dérogation à l'article 1184 du Code civil, en cas d'inexécution d'une des obligations contractuelles* ».

120. On voit donc bien que ces décisions n'excluent pas toute possibilité de rupture anticipée, puisqu'elles réservent, du moins pour la dernière, l'hypothèse d'une prévision par les parties d'une clause de sortie et, en tous les cas, la possibilité d'un *mutuus dissensus*, volonté commune de faire cesser avant le terme les effets du contrat. Alors, et comme tout accord contractuel, cette décision ne saurait être imposée de force à l'autre contractant : il est autant de l'essence du contrat à durée déterminée d'être stable, qu'est nécessaire une négociation sur la fin prématurée du contrat, ce dont il découle que chaque partie a le droit de refuser de donner son accord sur une rupture anticipée.

121. Cependant, la situation peut être autrement présentée : une partie, qui a ses raisons, désire parvenir au *mutuus dissensus* et l'autre, qui a les siennes, a le droit de ne pas en vouloir... les « ingrédients » d'un éventuel abus de droit ne seraient-ils pas réunis ? Ne pourrait-on pas considérer que le refus par un contractant de rejoindre l'autre dans sa volonté, pour l'instant unilatérale, de rompre de manière anticipée leur union, peut être constitutif de l'exercice abusif d'un droit ? La question, rarement posée, a toutefois fait l'objet d'une décision, certes restée isolée, de la troisième chambre civile de la Cour de cassation²¹⁵. Celle-ci est venue censurer un arrêt d'appel rejetant les prétentions d'un locataire, lequel s'estimait victime de l'attitude de son bailleur refusant tout accord sur une résiliation anticipée du bail. Selon la Haute juridiction, les juges du

²¹⁴ Cass. com., 9 juill. 1976, *RJDA* 1996, comm. n° 1438.

²¹⁵ Cass. 3^{ème} civ., 22 févr. 1968, *Bull. civ.*, III, n° 71, p. 58 ; *RTD civ.* 1968, p. 735, obs. G. CORNU ; V. également P. SIMLER, *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée*, *JCP éd. G* 1971, I, n° 2413.

fond auraient dû rechercher si ce refus « *reposait sur des motifs légitimes* » ou, au contraire, s'il avait été « *dicté par le désir de nuire à son cocontractant* ». Cette position emporte deux remarques opposées²¹⁶ : il est normal que soit ici sanctionnée l'attitude du bailleur si le but est de nuire à l'autre partie²¹⁷, intention toujours répréhensible²¹⁸. Par contre, la référence aux « *motifs légitimes* » est critiquable dans la mesure où elle implique un contrôle, *a posteriori*, trop poussé des raisons du refus, l'office du juge devant en rester à la seule recherche d'une éventuelle intention de nuire, non exclusive d'ailleurs de mobiles pouvant paraître légitimes.

122. Malgré cet exemple, marginal, de limitation de l'effet du terme sur le régime de rupture, il n'en demeure pas moins que la sortie anticipée d'un contrat à durée déterminée est en principe fautive, ce qui légitime l'existence des clauses de sortie, dont la fonction est justement de permettre de ne pas respecter le terme prévu lorsqu'une partie aura perdu son intérêt.

Conclusion du Chapitre 1

123. Une partie s'engage dans une relation contractuelle car elle entend réaliser une opération dont le contrat est le support juridique. Son intérêt, lors de la formation du contrat, réside dans la réalisation de l'opération projetée ; et cet intérêt doit demeurer tout au long de l'existence du contrat. Mais on a vu également que l'intérêt d'un contractant de voir la relation perdurer peut s'entendre plus largement, ce que révèle un constat : une partie peut vouloir sortir d'un contrat alors même que celui-ci est toujours en mesure d'assurer la réalisation du but poursuivi. Ne serait-ce, comme on l'a vu, qu'en raison de la rentabilité de l'opération, soit qu'elle est absente ou ridicule, soit qu'elle est inférieure à celle dont elle pourrait bénéficier avec la conclusion d'un autre contrat proposé en cours d'exécution du premier.

²¹⁶ V. J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 234, p. 287.

²¹⁷ Et seulement dans ce cas car il ne conviendrait pas d'étendre la notion d'abus de droit comme il est fait en matière de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée : l'intention de nuire doit être ici nécessairement caractérisée.

²¹⁸ Dans ce sens, V. P. SIMLER, *art. cit.*, n° 16 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *op. cit.*, *loc. cit.* – *Contra* : J. AZEMA, thèse précitée, n° 282 *bis*, lequel redoute qu'en découle une inefficacité de la stipulation d'un terme. Mais il s'agit ici de concilier des principes et nous ne voyons pas pourquoi l'intention de nuire ne serait pas sanctionnée, serait-ce au prix d'une réduction, ponctuelle, de l'effet obligatoire attaché au terme : il en est ainsi à chaque fois que doit être réprimé un abus de droit dans sa version « la plus pure ».

124. Il était nécessaire de se demander ce qui peut bien limiter la prise en compte de cet intérêt. En définitive, il s'agit du prolongement des raisons ayant poussé une personne à conclure une convention ; il s'agit de la « raison d'être », au sens large, du lien contractuel. À considérer le contrat comme devant être *utile*, il peut alors paraître saugrenu d'envisager par principe une mise à l'écart de ces considérations. Mais si les raisons de conclure induisent des effets juridiques, ceux-ci tirent leur force obligatoire de la rencontre de volontés de plusieurs personnes. On ne peut donc, utilement *et justement*, apprécier de manière isolée l'intérêt pour l'exécution d'un contrat censé établir un certain équilibre. Alors, lorsque cette recherche d'équilibre, au moins théorique, a conduit les parties à préciser d'une manière ou d'une autre la durée de leur relation, faut-il permettre la sortie d'un contractant qui a vu évoluer son intérêt, donnée empreinte de subjectivité, depuis la conclusion du contrat ou satisfaire le cocontractant qui entend poursuivre, conformément aux dispositions contractuelles, l'exécution qui présente toujours pour lui un intérêt ? Quoique les deux positions se comprennent *économiquement*, nous n'avons pas de mal à admettre que *moralement* le respect du terme doit en principe primer ; et le droit positif est en ce sens.

125. Cela n'est toutefois qu'un principe : des exceptions existent, comme nous allons à présent le voir.

Chapitre 2 La prise en compte de l'intérêt contractuel ou la reconnaissance exceptionnelle d'un droit de sortie

126. Choisir une durée déterminée pour la relation contractuelle implique d'avoir à supporter éventuellement une baisse d'intérêt en cours d'exécution : le contractant ne pourra pas, généralement, sortir de manière anticipée de la relation pour cela ; et le risque sera d'autant plus élevé que la durée prévue sera longue. En effet, la stabilité contractuelle, recherchée par les parties à travers la prévision d'une durée, a en principe pleine force obligatoire. Toutefois, on sait que ce principe a ses limites.

127. Des limites extrinsèques que consacrent, tout d'abord, la loi ou la jurisprudence. Au regard de la nature du contrat ou des circonstances entourant l'exécution, une mise en balance est parfois opérée : celle des intérêts en présence, à savoir celui du contractant désirant continuer la relation conformément aux stipulations originelles et celui souhaitant en sortir. Un droit de sortie peut alors exister au profit du second : sa perte d'intérêt est prise en compte à travers l'octroi d'une faculté de sortie (**SECTION 1**).

128. Surtout, les parties au contrat elles-mêmes peuvent venir limiter le caractère obligatoire de la durée en usant de la liberté qui leur est offerte : les clauses qui nous occupent ont justement pour fonction de créer une faculté de sortie. Nous en présenterons alors les principales manifestations (**SECTION 2**).

SECTION 1 La prise en compte de la perte d'intérêt par la loi et la jurisprudence

129. En ce sens, tout d'abord, il est permis à certains contractants de s'évader de manière anticipée dans un but de protection²¹⁹ : en raison de la nature du contrat ou de l'une des parties, il apparaît nécessaire de prendre en compte l'atteinte à l'intérêt, fût-elle subjective, inappréciable. La faculté doit alors être arbitraire, aucun motif légitime ne devant être avancé par le sortant. Il n'est pas question pour autant de faire une liste exhaustive des facultés légales de sortie anticipée d'une relation conclue pour un certain

²¹⁹ V. C. CORGAS-BERNARD *op. cit.*, n° 62 et s, p. 51 et s. L'auteur distingue alors selon que la protection vise à promouvoir un droit ou une liberté, ou a pour objectif de compenser une inégalité présumée.

temps : il y en a bien trop, et bon nombre ont déjà été traitées. Cependant, nous ne pouvons faire l'économie de la présentation succincte des principales facultés de sortie, lesquelles rendent souvent inutile, voire impossible, la stipulation d'une clause de sortie (§1).

130. Ensuite, il est encore exceptionnellement permis à une partie de sortir de manière anticipée lorsque son intérêt paraît objectivement et irrémédiablement atteint. En ce cas, sécurité juridique oblige, la partie sortante ne pourra se prévaloir d'une atteinte à l'un de ses mobiles les plus subjectifs ou à un quelconque élément qui ne relève pas de l'intérêt *stricto sensu* : la faculté n'est point discrétionnaire, le contractant doit pouvoir justifier d'un motif légitime, c'est-à-dire de la réalité et de la cause de sa perte totale d'intérêt (§2).

§1 Les droits de sortie pour perte d'intérêt d'un contractant protégé

131. Le législateur est intervenu dans certains domaines afin d'octroyer, par exception au principe du respect du terme contractuel, un droit de sortie anticipée à un contractant qu'il convient de protéger ; et, puisque qu'il s'agit de protection, la faculté conférée est en général arbitraire : le titulaire n'a pas en principe à justifier d'un quelconque motif, c'est-à-dire d'une cause légitime de perte d'intérêt.

132. Parce qu'ils représentent des exemple topiques, nous nous intéresserons tout d'abord à la faculté de résiliation du locataire d'un logement prévue par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (A.) et au droit de sortie anticipée de certains consommateurs (B.), avant d'aborder la question de la révocation du mandat par le mandant en vertu des dispositions de l'article 2004 du Code civil (C.).

A. La résiliation du bail d'habitation par le locataire

133. Suite à la survenance, au cours du siècle passé, de crises politiques et économiques ayant affecté le logement des français, les dispositions sur le contrat de bail contenues aux articles 1713 et suivants du Code civil sont apparues inadaptées à la relation contractuelle s'établissant entre un bailleur et un locataire pour la jouissance d'un local d'habitation ou mixte, à usage professionnel et d'habitation. Il y a donc eu plusieurs

interventions législatives depuis la fin de la première guerre mondiale²²⁰, dans le but toujours d'assurer un équilibre acceptable entre la protection du locataire et les intérêts du propriétaire, « *entre l'économique et le social* »²²¹.

134. Après plusieurs décennies de tentatives, une stabilité semble avoir été trouvée par l'adoption de la loi du 6 juillet 1989²²², laquelle a consacré en son article 1^{er} un « *droit au logement* », d'ailleurs qualifié par le Conseil constitutionnel d'« *objectif à valeur constitutionnelle* »²²³. Par suite, dès lors qu'il est question de concilier des intérêts de contractants et de mettre en place un droit au logement effectif, il n'est pas étonnant de trouver des dispositions impératives consacrées à la durée et à la sortie de cette relation contractuelle.

135. L'objectif en la matière est bien d'assurer au locataire une certaine stabilité pour son logement tout en lui permettant de demeurer mobile, sa liberté individuelle étant alors préservée²²⁴. Dans ce sens, tout d'abord, l'article 10, alinéa 1^{er}, de la loi précitée prévoit que le contrat de bail a une durée d'au moins trois années si le bailleur est une personne physique²²⁵, sauf exception prévue à l'article suivant²²⁶, et d'au moins six ans s'il s'agit d'un bailleur personne morale. Ensuite, en vertu de l'alinéa 2 du même article, il existe un droit au renouvellement au profit du locataire à l'expiration du contrat, lequel se poursuit alors pour la même durée. Enfin, et surtout, alors que le bailleur ne peut mettre fin de manière anticipée au contrat, le locataire a, lui, tout loisir de le faire comme le prévoit l'article 12 de ladite loi.

²²⁰ V. par ex. la loi n° 48-1360 du 1^{er} sept. 1948, *JO* du 2 sept. 1948 avec rectificatifs aux *JO* des 10 septembre et 27 octobre 1948, de nombreuses fois modifiée depuis ; v. encore la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JO* du 24 déc. 1986, également modifiée depuis.

²²¹ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, n° 505, p. 439. V. également J.-L. AUBERT, *Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation*, *RD immo.* 1991, p. 427 et s. V. encore P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 603, p. 333. J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, n° 21503, p. 810.

²²² Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, *JO* du 8 juillet 1989, p. 8541, modifiée de nombreuses fois depuis.

²²³ Cons. const., 19 janv. 1995, *D.* 1997, somm. comm., p. 137.

²²⁴ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 76, p. 59.

²²⁵ À ce propos, il a été dit que Les parties peuvent très bien prévoir une durée supérieure pour leur relation.

²²⁶ Selon l'article 11 de la loi du 6 juillet 1989 : « *Quand un événement précis justifie que le bailleur personne physique ait à reprendre le local pour des raisons professionnelles ou familiales, les parties peuvent conclure un contrat d'une durée inférieure à trois ans mais d'au moins un an. Le contrat doit mentionner les raisons et l'événement invoqués* ». Le recours à une convention d'occupation précaire constitue une autre exception au principe de stabilité du logement consacré par la loi.

136. Ce droit de résiliation est parfaitement discrétionnaire, le locataire n'ayant pas à justifier d'un quelconque motif de sortie. Ne pas exiger de lui la fourniture d'une raison, c'est alors prendre en compte toutes les raisons qui pourraient expliquer une baisse d'intérêt conduisant à la volonté de sortir : on voit donc bien ici qu'il s'agit d'une mesure de protection de ce contractant.

137. Cependant, toute considération pour les motifs du locataire sortant n'est pas exclue, puisque ceux-ci vont pouvoir jouer un rôle dans la mise en œuvre de la faculté : selon l'article 15, I, alinéa 2 de la loi du 6 juillet 1989, le locataire doit observer un délai de préavis d'une durée de trois mois, sauf en cas « *d'obtention d'un premier emploi, de mutation, de perte d'emploi ou de nouvel emploi consécutif à une perte d'emploi, le locataire peut donner congé au bailleur avec un délai de préavis d'un mois. Le délai est également réduit à un mois en faveur des locataires âgés de plus de soixante ans dont l'état de santé justifie un changement de domicile ainsi que des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion ou du revenu de solidarité active* ». Ainsi, si les raisons entraînant le locataire à sortir du contrat de bail n'entrent pas en compte dans l'octroi de la faculté discrétionnaire, l'objectif de protection conduit tout de même à assouplir le régime de la sortie s'il justifie de certains motifs.

138. Les seules exigences à l'égard du locataire sortant sont donc d'ordre formel : notification de sa décision au bailleur, observation du délai de préavis de trois mois et, éventuellement, fourniture des justifications nécessaires à l'application du délai réduit à un mois. Dans ce cadre, aucune clause de sortie ne semble nécessaire, voire possible compte tenu du caractère impératif des dispositions de la loi du 6 juillet 1989²²⁷.

139. À l'inverse, la sortie du bailleur est étroitement réglementée : celui-ci ne peut véritablement sortir unilatéralement du contrat mais doit se contenter d'une faculté de s'opposer au renouvellement en donnant congé au locataire, pour certains motifs limitativement énumérés²²⁸, et en respectant les exigences de formes prévues. De même, la possibilité pour le propriétaire d'insérer une clause résolutoire est strictement encadrée puisque les seules inexécutions qui peuvent être visées par ladite disposition sont encore une fois limitativement prévues²²⁹ : non paiement des loyers ou des charges au terme convenu, non paiement du dépôt de garantie si le contrat en prévoit un, non souscription

²²⁷ Article 2 de la loi.

²²⁸ Article 15 de la loi du 6 juillet 1989.

²²⁹ Articles 4, g) et 24 de la loi du 6 juillet 1989.

par le locataire d'assurance contre les risques locatifs et, depuis une loi du 20 décembre 2007²³⁰, non-respect de l'obligation d'user paisiblement des locaux loués, résultant de troubles de voisinage constatés par une décision de justice passée en force de chose jugée.

140. On le voit bien, la sortie du bailleur, s'opposant au renouvellement ou mettant en œuvre une clause résolutoire, n'est possible que lorsque le contrat ne présente objectivement pour lui plus d'intérêt, c'est-à-dire lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations ou lorsque le contrat de bail devient parfaitement inutile en raison de la reprise du logement pour y habiter ou de sa vente.

B. Les facultés de sortie anticipée appartenant au consommateur²³¹

141. Nous évoquerons plus loin la protection du consommateur par la réglementation de la possibilité pour le professionnel de stipuler une clause de sortie²³². Nous verrons également que la loi, de manière assez originale, oblige parfois les parties contractantes à prévoir une faculté de résiliation au profit de la partie présumée faible : ainsi en est-il en matière de crédit-bail immobilier²³³ et de contrat d'intégration agricole²³⁴. On connaît alors les éventuelles conséquences d'une telle méthode de protection consistant à imposer l'existence d'un droit de résiliation unilatérale, sans dire mot de son régime : les modalités pratiques de la faculté sont en définitive laissées à la discrétion de la partie forte, capable d'imposer le contenu du contrat à son cocontractant qui ne peut qu'y adhérer.

142. Archétype du contractant présumé faible qu'il convient de protéger, le consommateur se voit souvent offrir, directement, un droit de sortie unilatérale du contrat conclu avec un professionnel. Tout se passe alors ici comme si l'on considérait que le consommateur a un besoin accru de protection, puisque la loi prévoit la faculté de sortie sans renvoyer les parties vers une négociation chimérique du régime de cette faculté : celui-ci n'est pas maîtrisable par la partie présumée forte. Dans la mesure où le désendettement du consommateur est devenu l'un des principaux objectifs légaux consuméristes, c'est dans le domaine du crédit que le besoin de protection du consommateur s'est fait le plus ressentir et c'est sur ce point que nous nous attarderons.

²³⁰ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007, article 26, *JO* du 21 déc. 2007, p. 20639.

²³¹ V. ég. et entre autres C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 126 et s., p. 78 et s.

²³² *Cf. infra.*

²³³ *Cf. infra.*

²³⁴ *Cf. infra.*

143. Ainsi, selon l'article L. 311-22 du Code de la consommation, l'emprunteur-consommateur peut se départir par anticipation d'un crédit à la consommation. Le législateur a, en effet, institué en cette matière une faculté de remboursement anticipé lui permettant, contrairement au droit commun du prêt d'argent à intérêt²³⁵, d'avancer le terme pour l'exécution de son obligation de remboursement ; mais, et cela participe de l'intérêt de la mesure qui se veut protectrice, l'obligation de remboursement ne sera pas exécutée de manière complète puisque « *les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus* »²³⁶. Depuis la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010²³⁷, ce remboursement anticipé se réalisera sans paiement d'une indemnité s'il n'excède pas le montant de 10 000 euros²³⁸. Dans le cas inverse, aucune pénalité ne pourra non plus être exigée si le remboursement a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit, s'il intervient dans une période où le taux débiteur n'est pas fixe, si le crédit en cause est un crédit renouvelable au sens de l'article L. 311-16 du Code de la consommation ou, encore, en cas d'autorisation de découvert. Dans les autres cas, une indemnité pourra être demandée par le prêteur, laquelle est plafonnée en fonction de la durée résiduelle du contrat.

144. Antérieurement à la loi précitée du 1^{er} juillet 2010, aucune indemnité ne pouvait être mise à la charge du consommateur remboursant de manière anticipée²³⁹, de sorte que certains voient dans l'évolution législative « *une très nette régression de la protection du consommateur* »²⁴⁰. De plus, une question nous semble devoir être posée : cette faculté du prêteur d'exiger une indemnité doit-elle avoir été prévue dans le contrat de crédit à la consommation ? À l'inverse de l'article L. 312-21 du Code de la

²³⁵ L'article 1187 du Code civil prévoit que « *le terme est toujours stipulé en faveur du débiteur* » ; on en déduit, en matière de prêt à titre gratuit, que l'emprunteur, débiteur de l'obligation de remboursement, peut toujours y renoncer et préférer s'exécuter par anticipation. En revanche, il est admis que le prêt à titre onéreux est, quant à lui, conclu dans l'intérêt des deux parties, de sorte que l'emprunteur ne saurait, en l'absence d'accord du prêteur, rembourser de manière anticipée la somme empruntée. V. à ce sujet J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, *Le remboursement anticipé du prêt en droit français*, D. 1995, chr., p. 46 et s.

²³⁶ Article L. 311-22, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation.

²³⁷ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, JO du 2 juill. 2010, p. 12001.

²³⁸ Article D. 311-4 du Code de la consommation.

²³⁹ Ancien article L. 311-29 du Code de la consommation, issu de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles. La seule restriction au droit de l'emprunteur résidait dans la faculté pour le prêteur de refuser un remboursement partiel ne dépassant pas la somme correspondant à trois fois le montant contractuel de la première échéance non échue (ancien article D. 311-10 du Code de la consommation). Cette restriction n'existe plus.

²⁴⁰ G. RAYMOND, *Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation*, *Contr., conc., consom.* 2010, étude n° 11, n° 55.

consommation applicable au crédit immobilier²⁴¹, l'article L. 311-22 du Code de la consommation ne l'évoque point, disposant simplement que « *le prêteur peut exiger une indemnité* ». Toutefois, l'offre faite au consommateur, prévue par l'article L. 311-6 du Code, doit impérativement mentionner « *le droit au remboursement anticipé et, le cas échéant, le droit du prêteur à une indemnité ainsi que le mode de calcul de cette indemnité en application de l'article L. 311-22* »²⁴².

145. Comme il vient d'être dit, l'article L. 312-21 prévoit également une faculté de sortie anticipée au profit du consommateur de crédit immobilier²⁴³ ; en revanche, et même si aucune raison valable n'est exigée de l'emprunteur, le contrat peut imposer un montant minimum de remboursement et le paiement d'une indemnité, laquelle est alors plafonnée de manière impérative²⁴⁴. Enfin, si le remboursement anticipé d'un crédit renouvelable est prévu par l'article L. 311-22, sa résiliation par le consommateur est également toujours possible, à tout moment, selon l'article L. 311-16 du Code de la consommation.

C. La révocation du mandat à durée déterminée

146. Selon le premier alinéa de l'article 2004 du Code civil, « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* ». La disposition semble donc claire : le mandant peut en principe sortir de la relation contractuelle à tout moment, sans avoir à justifier sa décision et sans engager sa responsabilité, sous la réserve de l'abus de droit ; et cet abus du droit de révoquer avait classiquement trait aux circonstances entourant la rupture²⁴⁵ – brusquerie, caractère vexatoire...

147. L'existence de cette faculté est justifiée par la nature du contrat de mandat, qui « *est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom* »²⁴⁶ : il est en principe conclu dans l'intérêt exclusif du mandant et repose sur une relation de confiance. Le mandant doit ainsi pouvoir sortir d'une relation dont il ne veut plus puisqu'on ne peut le tenir dans des liens contractuels,

²⁴¹ « ***Si le contrat de prêt comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret*** » (nous soulignons).

²⁴² Article R. 311-3 du Code de la consommation

²⁴³ Article L. 312-22 du Code de la consommation.

²⁴⁴ V. l'article R. 312-2 du Code de la consommation.

²⁴⁵ C. ATIAS, note sous Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, D. 1989, jur., p. 352, spéc. p. 353.

²⁴⁶ Article 1984, alinéa 1^{er}, du Code civil.

marqués d'un *intuitus personae*, en l'absence de confiance²⁴⁷ ; d'autant plus que la sortie est censée ne pas porter préjudice au mandataire, qui n'y a pas d'intérêt.

148. La loi ne distinguant pas entre un mandat conclu à temps et un mandat à durée indéterminée, on pourrait alors penser que cette révocation *ad nutum* existe de la même manière dans les deux hypothèses. Peu importe la durée, en effet, la confiance demeure nécessaire et, au moins à l'origine, le mandataire n'a pas d'intérêt à la relation et ne souffrirait donc pas d'une rupture. Pourtant les choses ne sont pas si simples, essentiellement parce que le mandat salarié s'est considérablement développé, de sorte que, désormais, le mandataire y trouve souvent un intérêt : il est généralement rémunéré ; et, même si la Cour de cassation a clairement affirmé que le caractère salarié du contrat ne retirait pas au mandant son droit de révocation²⁴⁸, force est de constater que l'évolution des figures contractuelles, qui ne sont plus celles qu'avaient à l'esprit les rédacteurs du Code civil en la matière, est une nouvelle fois à l'origine d'un débat doctrinal et d'une jurisprudence hésitante²⁴⁹.

149. Alors qu'une partie de la doctrine affirme que cet article est parfaitement applicable à la relation conclue pour une durée déterminée²⁵⁰, d'autres déduisent de la stipulation d'un terme l'impossibilité de mettre fin au mandat à tout moment, sauf pour le mandant à engager sa responsabilité²⁵¹. La jurisprudence, quant à elle, semble avoir emprunté une curieuse « voie médiane » qu'un arrêt de la première chambre civile du 27 avril 1988²⁵² illustre parfaitement : se prononçant sur le pourvoi formé par un mandataire à l'encontre d'une décision ayant refusé de lui accorder une indemnité pour rupture anticipée, la Haute Cour confirme, dans un premier temps, la position des juges du fond ayant décidé que « *malgré la durée prévue, le mandat de syndic peut être révoqué à tout moment* », tout en leur reprochant, ensuite, de ne pas avoir recherché si le mandataire « *avait commis un manquement à ses obligations de nature à justifier sa révocation sans indemnité* ». Qu'est-ce donc à dire ? Que le mandant est toujours libre de révoquer quand

²⁴⁷ P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, T. 8, *Commentaire – Traité des petits contrats*, T. 1, Paris, 1863, n° 1157, p. 610 : « *la confiance peut s'altérer et on ne rend pas un service à quelqu'un malgré lui* ».

²⁴⁸ Cass. civ., 13 janv. 1941, S. 1941, 1, p. 124 ; DA 1941, p. 81.

²⁴⁹ Comp. I. NAJJAR, *Mandat et irrévocabilité*, D. 2003, chr., p. 708 et s., spéc. p. 710.

²⁵⁰ V. par exemple P. PONT, *op. cit.*, *loc. cit.* ;

²⁵¹ V. par exemple J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 31274, p. 1195 : « *l'existence d'une durée particulière, spécifiée au contrat, peut inviter à penser que les parties ont entendu déroger à l'art. 2004 et doter leur accord d'une irrévocabilité conventionnelle* ».

²⁵² Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, Bull. civ., III, n° 80 ; D. 1989, jur., p. 352, note C. ATIAS ; JCP éd. N 1989, chr., p. 899, note J. LAFOND.

il le souhaite mais, en l'absence de raison objective de perte de confiance – donc de perte d'intérêt pour le maintien du contrat –, qu'il sera redevable d'une indemnité pour rupture abusive ; c'est donc dire, tout d'abord, que la révocation anticipée produit ses effets – le mandataire ne dispose plus du pouvoir de représentation –, ensuite, que l'abus est consommé par le simple fait de rompre de manière prématurée et, enfin, qu'il revient désormais au mandant de prouver l'absence d'abus par la fourniture d'un juste motif.

150. Bien que le souci jurisprudentiel d'assurer un rééquilibrage des intérêts en présence soit légitime, cette position nous semble tout de même bien loin de la lettre du Code civil : que vaut, au regard du principe de libre révocabilité, l'efficacité d'une sortie anticipée source automatique de responsabilité en l'absence de juste motif, de raison objective dont la preuve doit pouvoir être rapportée ? Plus grand chose nous semble-t-il. De même, que reste-t-il de la distinction entre le mandat « classique » et le mandat stipulé irrévocable²⁵³ ? Le questionnement se justifie dans la mesure où la jurisprudence décide que le second « *ne prive pas le mandant du droit de renoncer à l'opération ; la révocation produit [alors tous] ses effets, sous réserve de la responsabilité du mandant envers le mandataire* »²⁵⁴, sauf pour le premier « *à se justifier en prouvant que le mandataire était fautif* »²⁵⁵... Il serait donc souhaitable, afin de correctement tenir compte de l'évolution de la pratique, de modifier les dispositions du Code civil concernant la rupture du mandat en y introduisant l'exigence d'un juste motif.

151. En définitive, la perte de confiance, qui faisait une large place aux considérations subjectives du sortant en lui permettant de rompre de façon discrétionnaire, semble avoir laissé place à une certaine objectivité : la faculté de révocation appartenant au mandant, qui trouvait originellement sa raison d'être dans la protection de ce contractant « consommateur de confiance », pourrait être aujourd'hui traitée comme un exemple de droit de sortie pour perte incontestable d'intérêt.

152. Ce sont ces facultés qui vont à présent nous occuper.

²⁵³ Les dispositions de l'article 2004 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent prévoir que le mandat n'est pas librement révocable.

²⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 2002, *Bull. civ.*, I, n° 40

²⁵⁵ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011, n° 635, p. 551.

§2 Les droits de sortie pour perte manifeste d'intérêt

153. Si le législateur, surtout dans la tendance contemporaine du droit des contrats, a créé de nombreuses facultés d'évasion anticipée au profit d'un contractant qui mérite protection, il en va autrement dès que l'on s'écarte de ce fondement. Il est toutefois des cas dans lesquels l'intérêt, dans sa conception étroite, est manifestement atteint, de sorte qu'il est permis au contractant lésé d'en tirer toutes les conséquences et de décider valablement de sortir de la relation qui ne présente pour lui plus aucune utilité.

154. Sans qu'il s'agisse vraiment d'un droit de sortie, on peut tout d'abord observer que la disparition d'un élément essentiel d'un contrat au cours de son exécution peut entraîner sa caducité²⁵⁶. Il s'agit là, indubitablement, d'une prise en compte de la perte totale d'intérêt. Ensuite, le législateur a institué, de manière éparse, quelques facultés au profit d'un contractant dont l'intérêt est manifestement atteint²⁵⁷. Nous nous intéresserons alors plus particulièrement à la faculté offerte au salarié et à l'employeur de sortir de manière anticipée de leur relation conclue pour un temps donné lorsque celle-ci est devenue manifestement inutile pour l'un ou pour l'autre (**A.**).

155. Enfin, la jurisprudence a plus généralement consacré la possibilité pour un contractant de mettre unilatéralement fin à un contrat, peu important qu'il soit à durée déterminée, en raison du comportement grave du futur ex-partenaire : le maintien de la relation est devenu impossible, clairement inintéressant pour le contractant qui détient alors le droit d'y mettre fin (**B.**).

A. Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée

156. Comme nous l'aborderons, toute prévision contractuelle d'un droit de sortie s'écartant du cadre légal est illicite et, partant, inefficace²⁵⁸. Ce n'est pas dire toutefois que l'éventuelle perte incontestable d'intérêt est inopérante : les cas légaux dans lesquels le contrat de travail à durée déterminée peut être rompu à l'avance permettent bien en

²⁵⁶ V. not. à ce sujet F. GARRON, *La caducité du contrat. Étude de droit privé*, PUAM, 2000, préf. J. Mestre ; V. WESTER-OUISSE, *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, JCP éd. G 2001, I, 290.

²⁵⁷ V. par ex., en matière de contrats d'assurance, les facultés prévues par les articles L. 113-4 et L. 113-16 du Code des assurances : résiliation en cas de modification du risque assuré et en cas de changement dans la situation de l'assuré.

²⁵⁸ Cf. *infra*.

définitive à l'un des contractants de sortir d'une relation devenue, objectivement, dépourvue de tout intérêt.

157. Suivant l'article L. 1243-1 du Code du travail, outre le *mutuus dissensus*²⁵⁹, il peut être mis fin au contrat à durée déterminée par l'une ou l'autre des parties en cas de faute grave du cocontractant, de force majeure empêchant l'exécution de la convention ou d'inaptitude du salarié constatée par le médecin du travail. Et l'article L. 1243-2 d'offrir la possibilité supplémentaire au salarié de sortir de la relation de manière anticipée s'il justifie de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée. Si la rupture n'entre pas dans ce cadre légal restrictif, le sortant devra indemniser le partenaire délaissé²⁶⁰.

158. On voit donc bien qu'il ne s'agit pas de facultés discrétionnaires : le recours préalable au juge pour la rupture est implicitement écarté, mais si celui-ci est saisi *a posteriori* en contestation du bien-fondé de la rupture, le sortant devra en réponse justifier de sa perte totale d'intérêt. L'étude de la jurisprudence met alors en évidence la nécessité d'une atteinte irrémédiable de l'intérêt de poursuivre le contrat jusqu'à son terme, puisque le juge éventuellement saisi appréciera avec rigueur, dans cette matière privilégiant la stabilité contractuelle, l'existence de la cause objective dont entend se prévaloir le sortant.

159. Ainsi, la faute grave du salarié²⁶¹ est définie comme « *celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* »²⁶² au regard des intérêts de cette dernière ou, si c'est le salarié qui entend rompre la relation en raison du comportement de l'employeur, comme celle entraînant « *un péril ou un dommage imminent pour la personne même du salarié, de nature à rendre impossible la continuation du lien contractuel* »²⁶³. Le maintien impossible de la relation renvoie bien à l'idée d'une disparition totale et irrémédiable de l'intérêt du contrat²⁶⁴ pour le sortant.

²⁵⁹ Lequel ne peut intervenir à l'avance, c'est-à-dire par la stipulation d'une clause en ce sens.

²⁶⁰ V. les articles L. 1243-3 et L. 1243-4 du Code du travail.

²⁶¹ Celle-ci est proche de la faute autorisant l'employeur à procéder au licenciement d'un salarié engagé pour une durée indéterminée sans avoir à respecter le préavis et à verser une indemnité de licenciement. Cette rupture, lorsqu'elle est le fait de l'employeur, constitue une sanction disciplinaire dont la procédure est soumise aux dispositions des articles L. 1332-1 et suivants du Code du travail.

²⁶² V. par ex. Cass. soc., 27 sept. 2007, *Bull. civ.*, V, n° 146; *JCP éd. S* 2007, 1934, note A. BUGADA ; *RJS* 2007, n° 1261 ; *RDT* 2007, p. 650, obs. G. AUZERO ; *JCP éd. S* 2007, II, 10188, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

²⁶³ C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.*, n° 177, p. 101.

²⁶⁴ V. en ce sens, C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 176, p. 100 : « *l'intérêt qu'attendaient les parties du contrat est devenu irréalisable* ».

160. La force majeure libératoire est également strictement appréhendée : l'intérêt du contrat doit être totalement et irrémédiablement atteint par la survenance d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur aux parties. Ainsi, manque à son obligation de fournir du travail au salarié l'employeur qui met fin de manière anticipée à un contrat en raison « *d'une impossibilité partielle limitée dans le temps de poursuivre l'exploitation de l'entreprise* »²⁶⁵. La jurisprudence est constante à ce propos, l'impossibilité doit être totale et définitive, ôtant ainsi, au cours de son exécution, tout intérêt à la relation de travail conclue pour un temps²⁶⁶.

161. L'inaptitude du salarié, cause légale de rupture unilatérale anticipée récemment consacrée²⁶⁷, conduit de même à la perte totale d'intérêt pour l'employeur lorsqu'elle est objectivement constatée par la médecine du travail ; enfin, la conclusion d'un contrat à durée indéterminée par le salarié entraîne nécessairement un désintérêt, total et objectivement appréciable, de ce dernier pour la relation. On le voit donc bien, en cette matière spécifique, levier d'une politique de l'emploi, la perte de l'intérêt de l'une des parties au contrat est prise en compte lorsqu'elle est objectivement justifiable.

B. La rupture unilatérale pour comportement grave du cocontractant

162. Comme nous l'avons déjà vu, toute décision de sortie du contrat s'explique par une atteinte à l'intérêt du sortant de voir le contrat continuer de s'exécuter²⁶⁸ ; laquelle atteinte, eu égard à la notion d'intérêt telle que nous la concevons, peut elle-même s'expliquer de différentes manières. Ensuite, le fondement de la prise en compte par notre système juridique de cette perte d'intérêt est variable : promotion d'un droit, d'une liberté ou protection de la partie faible pour les facultés légales de sortie, liberté contractuelle pour les clauses qui nous occupent.

163. Selon un fameux arrêt « *Tocqueville* », rendu le 13 octobre 1998 par la première chambre civile de la Cour de cassation, « *le comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et*

²⁶⁵ F. BOUSEZ, *Contrat à durée déterminée, Cessation*, Jurisclasseur Travail Traité, fasc. 2-48, n° 106.

²⁶⁶ V. par ex. Cass. soc., 30 juin 1988, *Bull. civ.*, V, n° 403 ; Cass. soc., 20 déc. 1989, *RJS* 1990, n° 97 ; Cass. soc., 12 févr. 2003, *JurisData* n° 2003-018595.

²⁶⁷ Cause introduite par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JO* 18 mai 2011, p. 8537.

²⁶⁸ Cf. *supra*.

périls »²⁶⁹. Cette position jurisprudentielle, confirmée depuis²⁷⁰, autorise semble-t-il un contractant à sortir d'une relation, qu'elle ait été conclue pour une durée déterminée ou non, en cas de comportement grave du cocontractant.

164. Afin de démontrer que la raison d'être de cette résolution unilatérale réside dans la prise en compte de la perte d'intérêt du créancier (2.), un détour préalable par l'analyse de la fonction de la résolution judiciaire nous semble indispensable (1.).

1. La raison d'être de la résolution judiciaire

165. Nos travaux ne pouvant raisonnablement accueillir trop de développements relatifs à la résolution judiciaire, nous nous contenterons d'aborder la question de sa raison d'être, de son objet. À ce propos, un auteur²⁷¹ a encore récemment démontré que la résolution pour inexécution était une *notion fonctionnelle originale*. C'est dire, d'une part, que ce mécanisme est conçu « *pour le traitement des difficultés et des enjeux très particuliers de l'inexécution* »²⁷², représentant ainsi « *un mécanisme original irréductible à aucun autre* »²⁷³, et que, d'autre part, les finalités de cette notion participent de sa définition²⁷⁴.

166. Monsieur le Professeur Génicon établit, notamment, les caractères illusoire et dangereux d'une théorie générale de la résolution pour perte d'intérêt²⁷⁵ ; il avance alors que « *même s'il est déterminant, le critère de la perte d'intérêt ne suffit pas à [...] expliquer* »²⁷⁶ la résolution pour inexécution, en ce sens que d'autres considérations entrent en compte tels « *l'intérêt des tiers, la clémence à l'égard du débiteur ou au contraire la nécessité de le punir* »²⁷⁷. Le juge saisi d'une demande appréciera non

²⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *D.* 1999, somm. comm., p. 115, obs P. DELEBECQUE ; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *JCP éd. G* 1999, II, 10133, note RZEPECKI ; *Deffrénois* 1999, art. 36953, n° 17, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 506, obs. J. RAYNARD.

²⁷⁰ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *Bull. civ.*, I, n° 211 ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. AYNES ; *ibid.*, p. 277, obs. D. MAZEAUD ; *JCP éd. G* 2004, II, 10108, note C. LACHIEZE ; *Deffrénois* 2004, art. 37894, n° 24, obs. R. LIBCHABER ; *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 4, obs. L. LEVENEUR. V. encore Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2007, n° 06-12426, *inédit*.

²⁷¹ T. GENICON, *La résolution pour inexécution, op. cit.*

²⁷² T. GENICON, *op. cit.*, n° 89, p. 65.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibid.*, n° 90, p. 67, usant de la célèbre définition du doyen Vedel : v. G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, *JCP* 1950, I, 851, n° 4 et s.

²⁷⁵ *Ibid.*, n° 76 et s., p. 57 et s. L'intérêt visé ici est entendu comme la *cause-intérêt*, c'est-à-dire comme la cause élargie dans son contenu, non limitée à la *cause-contrepartie*. Sur cette notion, *cf. supra*.

²⁷⁶ *Ibid.*, n° 88, p. 64.

²⁷⁷ *Ibid.*, n° 192, p. 140.

seulement *l'adéquation* de cette sanction par l'analyse de l'atteinte à *l'utilité du contrat*²⁷⁸, mais également son *opportunité* au regard de *l'intérêt des tiers* et du *sort du débiteur*. Le processus décisionnel du magistrat s'opère donc en deux temps : « *d'abord il juge des conséquences de l'inexécution, ensuite il évalue les conséquences de la résolution* »²⁷⁹.

167. Compte tenu de la raison d'être du mécanisme, laquelle ne se résume pas au traitement de l'atteinte portée à l'utilité que le créancier retire du contrat, la résolution pour inexécution ne saurait, selon cet auteur, être extrajudiciaire. Seul le juge saisi, bénéficiant d'une certaine neutralité, est à même d'apprécier *l'opportunité* de la résolution du contrat : le principe du caractère judiciaire de la résolution posé à l'article 1184 du Code civil²⁸⁰ se trouve ainsi justifié, en ce sens qu'il satisfait tout à la fois l'interdiction de se faire justice à soi-même²⁸¹ et la nécessité « *de faire pénétrer dans le débat des intérêts et considérations extérieurs au contenu du contrat* »²⁸².

168. Dans ce cadre, quelle peut être la place de la *résolution unilatérale* que la jurisprudence précitée semble avoir consacrée ? À suivre l'auteur, on peut – doit – douter de l'autonomie de ce mécanisme par rapport à la résolution judiciaire : le droit de mettre fin au contrat de façon unilatérale ne serait pas concurrent de la résolution judiciaire car, d'une part, il n'est pas certain que le principe d'une véritable résolution extrajudiciaire ait été consacré et, d'autre part, cela n'est pas souhaitable.

169. Tout d'abord donc, alors qu'une partie de la doctrine²⁸³ considère comme acquis le principe d'une résolution prononcée par le créancier en cas de comportement

²⁷⁸ Sur l'analyse de l'utilité par le juge et les différents aspects de cette notion, v. T. GENICON, *op. cit.*, n° 434 et s., p. 314 et s.

²⁷⁹ T. GENICON, *op. cit.*, n° 432, p. 313 (l'auteur souligne).

²⁸⁰ V. not., sur les raisons du caractère judiciaire de la résolution, C. JAMIN, *Les sanctions de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence*, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71 et s. V. en dernier lieu T. GENICON, *op. cit.*, n° 537 et s., p. 381 et s. Il apparaît que le recours au juge s'explique non seulement en théorie, mais aussi et surtout en pratique : si l'on peut avancer l'existence de fondements théoriques à la rédaction de l'article 1184 – influence janséniste que l'on retrouve dans le respect de la force obligatoire du contrat postulant l'interdiction du retrait unilatéral d'une partie et le souci d'humanisme conduisant à permettre au juge d'accorder une seconde chance au débiteur –, on doit avant tout reconnaître que les rédacteurs du Code civil de 1804 n'ont fait que consacrer une solution bien ancrée dans la pratique du droit.

²⁸¹ Et l'auteur de préciser : « *derrière laquelle se retrouve assez facilement l'interdiction édictée par l'article 1134, al. 2 du Code civil de se retirer unilatéralement du contrat* » (T. GENICON, *op. cit.*, n° 547, p. 388).

²⁸² *Ibid.*, n° 547, p. 388.

²⁸³ V. par ex. C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Bibl. dr. priv. T. 498, LGDJ, 2008, préf. M. Goré.

grave du cocontractant, l'auteur précité doute de la portée à donner à ce mouvement jurisprudentiel²⁸⁴. La position de la Haute Cour, en effet, contient des incertitudes : *quid*, par exemple, de l'effet rétroactif ordinairement attaché à la résolution pour inexécution ou des « *risques et périls* » pesant sur le créancier sortant ? L'auteur constate, ensuite, des divergences entre la première chambre civile et les autres chambres de la Cour de cassation²⁸⁵ ce qui cadre mal avec la consécration d'un principe censé revenir sur une solution bien ancrée de notre droit des contrats²⁸⁶ et expressément prévue par le Code civil. Enfin, des exceptions jurisprudentielles au caractère judiciaire de la résolution ont toujours existé²⁸⁷, de sorte qu'on ne peut sans ambages affirmer que la jurisprudence Tocqueville n'en relève point ou, à l'inverse, s'en écarte franchement ; et l'auteur de conclure que l'arrêt précité et ses suites conduisent la doctrine à se poser une question plus qu'ils ne donnent de réponse²⁸⁸ : à l'heure d'une éventuelle réforme du droit des contrats français, et face à une multiplication des exceptions au caractère judiciaire de l'institution, doit-on adopter une véritable résolution pour inexécution laissée par principe au pouvoir du seul créancier, quitte pour lui à agir à « *ses risques et périls* » ?

170. À cette question, l'auteur répond par la négative. Il détaille les avantages d'un principe de résolution unilatérale pour inexécution : si ceux-ci existent, tels l'alignement du droit français sur d'autres législations européennes²⁸⁹ ou une plus grande efficacité si l'on se place exclusivement du point de vue du créancier, il convient de ne pas les exagérer et, surtout, de ne pas minimiser les aménagements techniques qu'implique l'admission d'une telle prérogative²⁹⁰. Après avoir rappelé qu'il est bien difficile en la matière de trouver un compromis entre « le tout judiciaire » et l'unilatéralisme, il est avancé qu'il s'agit là d'un simple choix de politique juridique, devant conduire à des changements de fond dans le droit des contrats. Cela devra être accepté et pleinement pris en compte, sous peine de voir consacrer un mécanisme en demi-teinte : « *il faut donc jouer carte sur table et dire qu'il est plus cohérent de choisir la résolution unilatérale pour ce qu'elle est. Mieux vaut accepter ses dangers et cesser de croire que l'on pourra*

²⁸⁴ V. pour le détail T. GENICON, *op. cit.*, n° 549 et s., p. 389 et s.

²⁸⁵ Toutefois, la chambre commerciale semble s'être depuis alignée : v. not. Cass. com., 10 févr. 2009, *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 123, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2010, p. 44, note T. GENICON ; Cass. com., 30 juin 2009 et Cass. com., 15 sept. 2009, *RDC* 2010, p. 44, note T. GENICON.

²⁸⁶ Ceci est donc à rapprocher de la remise en cause du refus de la théorie de l'imprévision Cf. *supra*.

²⁸⁷ V. par ex., lorsque l'urgence justifie une rupture immédiate du contrat, Trib. civ. Seine, 31 juill. 1897, *S.*, 1898, 2, p. 85.

²⁸⁸ T. GENICON, n° 570 et s., pp. 406-407.

²⁸⁹ *Ibid.*, n° 601 et s., p. 428 et s.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 415 et s.

les éliminer – car il n’en sera rien – pour faire le choix d’un mécanisme dont la logique est précisément de donner l’avantage au créancier »²⁹¹. À ce compte-là, l’auteur n’est pas favorable à l’admission d’une résolution par principe unilatérale.

171. S’il n’est pas souhaitable d’admettre, de manière générale, la dispense du recours au juge, c’est également parce que, outre les inconvénients bien compris et acceptés de l’unilatéralisme, cela pourrait être inutile : la rupture unilatérale décidée par le créancier, à la considérer comme un simple fait juridique, suffirait à assurer, aux côtés de l’office principal du juge, un système efficace et cohérent ; en effet, comme il a été dit plus haut, les effets de la rupture décidée par le créancier en raison du comportement du cocontractant ne sont pas encore bien établis par la jurisprudence. Il est ainsi possible de soutenir que le courant jurisprudentiel initié par l’arrêt Tocqueville est purement *descriptif*²⁹², en ce sens qu’il ne ferait que relever la faculté du créancier de *considérer le contrat comme rompu* – faculté de fait qu’on ne peut jamais lui retirer – et non pas lui reconnaître un *droit constitutif* : le créancier ne prononce pas une résolution pour inexécution mais se contente de sortir, de fait, d’une relation contractuelle dont il ne veut plus, devenue inintéressante en raison du comportement de son cocontractant.

172. Par la suite, d’un point de vue pratique, la saisine éventuelle *a posteriori* du juge aura lieu si le créancier entend également obtenir des dommages et intérêts, mettre en œuvre une restitution ou encore si le débiteur désire contester la rupture ; ce qui ne sera pas forcément le cas²⁹³, surtout s’il apparaît incontestablement que ce dernier a adopté un comportement justifiant le désengagement et qu’il en a conscience. L’objectif principal de la dispense du recours au juge est ainsi assuré : le créancier peut procéder au remplacement du débiteur²⁹⁴ en remployant ses ressources dans le cadre d’une autre relation contractuelle, conclue « à ses risques et périls ».

173. Il est vrai, alors, que la situation dans laquelle se trouvent les parties est ambiguë, aucune rupture de droit n’étant intervenue. Mais, même à considérer que le

²⁹¹ *Ibid.*, n° 639, p. 456.

²⁹² *Ibid.*, n° 683, p. 484.

²⁹³ V., *contra*, sans que l’auteur n’apporte de justification, C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 384, p. 206 : « le cantonnement de la résolution unilatérale à la simple anticipation judiciaire nie les principaux avantages de la résolution unilatérale : le remplacement rapide du débiteur et la dispense de l’intervention préalable systématique du juge (avec les coûts et les lenteurs qu’elle engendre) sont empêchés par la nécessaire confirmation judiciaire de la « résolution » opérée par le créancier ».

²⁹⁴ V. en ce sens T. GENICON, *op. cit.*, n° 690, p. 491. *Contra* : C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, *loc. cit.* V. sur le remplacement du débiteur de manière générale, *ibid.*, n° 428 et s., p. 228 et s.

créancier opère une véritable résolution, cette décision unilatérale conduit de même à une période d'incertitude, dans la mesure où la saisine du juge *a posteriori* est toujours possible, lequel pourra désavouer le créancier s'étant libéré trop légèrement.

2. L'objet de la rupture unilatérale

174. À suivre cette conception de la rupture unilatérale, tout d'abord, il faut bien admettre que la décision de sortie du créancier est par principe fautive, puisqu'il s'agit d'une inexécution frontale du contrat ; seulement, en cas d'examen judiciaire de la situation des parties – plus particulièrement dans la recherche de l'imputation de la rupture –, cette inexécution du créancier pourra être « pardonnée » en raison du comportement du débiteur ayant justifié la décision de sortie : celui-ci se verra imputer *in fine* la rupture. Ensuite, cela revient à anticiper, « à ses risques et périls », une éventuelle décision judiciaire prononçant la résolution de la convention²⁹⁵. Et ce point nous intéresse alors tout particulièrement, puisque la raison d'être du mécanisme unilatéral y est nécessairement et étroitement liée.

175. Si l'on considère que le créancier ne fait qu'anticiper sur le résultat d'une éventuelle procédure judiciaire²⁹⁶, celui-ci aura bien fait de prendre sa décision au regard de l'intérêt du débiteur et des tiers puisque le juge saisi *a posteriori* se prononcera sur l'*opportunité* de la résolution. Le créancier n'est pas, dans cette vision, autorisé à sortir de la sorte : sa perte d'intérêt, fût-elle manifeste, ne suffit pas à justifier en droit sa décision qui constitue alors, par principe, une faute contractuelle. Seulement, il obtiendra éventuellement un blanc-seing du juge lorsque son appréciation révélera, *a posteriori*, que sa décision était opportune. Il lui est donc permis de sortir sans encombre du contrat parce qu'il n'y a plus intérêt *mais également* parce que la situation du débiteur et celle des tiers ne justifiaient pas un maintien de la relation.

²⁹⁵ V. not. en ce sens L. AYNES, *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 64 : « en somme, c'est une anticipation exceptionnelle, un empiètement accidentel, mais utile, compte tenu des lenteurs de la justice, sur un pouvoir judiciaire qui demeure tout de même l'essentiel » ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Bibl. dr. priv. T. 419, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt, n° 195, p. 277. *Contra*, fermement, C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 380 et s., p. 203 et s.

²⁹⁶ Si le créancier n'entend pas demander la réparation d'un quelconque dommage qu'il aurait subi du fait du comportement grave du débiteur, il parie également et avant tout sur l'absence de réaction du débiteur.

176. Cette conception, séduisante²⁹⁷, de la rupture unilatérale par le créancier se trouve appuyée par certains arguments qui nous semblent pertinents²⁹⁸. Tout d'abord, l'emploi récurrent dans la jurisprudence de la formule « *à ses risques et périls* » : alors que tout droit s'exerce naturellement sous cette réserve, pourquoi une telle précision si ce n'est, justement, pour laisser entendre qu'il n'y a aucun droit de résoudre par principe ? Ensuite, l'absence d'utilisation des termes « *résolution* » ou « *résoudre* », au profit de ceux génériques de « *rupture* » ou « *rompre* », donne l'impression que la Haute Cour n'entend pas qualifier en droit le mécanisme mis en œuvre, ce qui permet de douter de l'existence d'une réelle résolution.

177. À l'inverse, il est possible de soutenir que la jurisprudence a consacré, non sans une certaine – et peut-être volontaire – ambigüité²⁹⁹, un droit de résolution unilatérale. Plusieurs points militent en effet en faveur de cette vision. D'une part, on ne peut négliger l'influence des solutions applicables dans d'autres systèmes juridiques sur l'évolution de la position de la jurisprudence française. Or, ces systèmes donnent pour la plupart un véritable droit – *constitutif* – de rompre la relation contractuelle au créancier dont l'intérêt est clairement et irrémédiablement mis à mal par l'inexécution du débiteur³⁰⁰. Les projets français de réforme du droit des contrats en ont d'ailleurs pris le pas³⁰¹.

178. D'autre part, il semble utopique d'attendre du créancier qu'il se préoccupe, au moment de prendre sa décision, du sort du débiteur et de la situation des éventuels tiers intéressés. Aussi, dans une approche fonctionnelle de ce mécanisme de justice privée, on doit bien admettre qu'il ne sert guère que les intérêts du créancier. Si la rupture unilatérale pour comportement grave est une institution autonome, si le créancier décide seul d'une

²⁹⁷ Cette conception subtile de la résolution pour inexécution est séduisante parce qu'elle nous semble concilier la spécificité du droit français, telle que cristallisée dans l'exigence du respect quasi sacré de la parole donnée et dans l'étendue de l'office du juge des contrats, et la nécessité de reconnaître l'existence de prérogatives unilatérales répondant à des besoins pratiques évidents.

²⁹⁸ V. en dernier lieu T. GENICON, *Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier*, RDC 2010, p. 44 et s.

²⁹⁹ À l'image du positionnement, récent, de la Cour au sujet de l'admission de la théorie de l'imprévision, ne peut-on pas y voir un message à l'adresse du législateur ? Rappr. C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 898, p. 402.

³⁰⁰ V. par ex. pour le droit néerlandais, les articles 6 :265 et 6 :267 du B.W.

³⁰¹ Avant-projet Catala, art. 1158 ; Avant-projet Terré, art. 109 ; Projet de la Chancellerie, art. 168. V. encore le tout récent projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; *D.* 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE. L'article 3, 8° prévoit notamment d'« *introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification* ».

véritable résolution, il faut en effet convenir qu'il lui est alors permis de donner une conséquence radicale à sa perte d'intérêt, sans considération aucune pour son cocontractant.

179. Une approche médiane est envisageable : le créancier est autorisé à agir de la sorte parce que, justement, la situation est telle que, *manifestement*, son intérêt est irrémédiablement atteint et l'octroi de délais au débiteur ou la considération des tiers n'ont plus de sens ; le recours au juge de la résolution devient alors superflu³⁰². La perte d'intérêt explique bien la permission donnée mais seulement parce qu'elle est manifeste et que, partant, la situation du débiteur et des tiers ne pourrait jamais justifier une tentative de sauvetage, un maintien du contrat³⁰³. L'appréciation de l'*adéquation* de la sanction au manquement reproché absorbe, en quelque sorte, celle de son *opportunité*.

180. Le maintien du lien contractuel doit donc apparaître manifestement impossible pour que le créancier soit autorisé à sortir de la relation devenue inintéressante ; et si le divorce est, nous dit-on, consommable en cas de « *comportement grave* » du débiteur, il ne nous semble pas qu'il faille pour autant s'en tenir à une approche strictement subjective du manquement³⁰⁴, ce qui cadre mal avec le caractère manifeste de la perte d'intérêt. La condition de mise en œuvre de ce mécanisme unilatéral de sortie doit être la survenance d'un fait contractuel pathologique, qu'il s'agisse de l'inobservation par le débiteur d'une obligation *stricto sensu* ou de l'adoption d'un comportement incompatible avec la bonne foi contractuelle, pourvu que cela conduise le créancier à éprouver une perte d'intérêt irrémédiable et manifeste.

181. S'il est bien difficile, même plus de dix années après la décision Tocqueville, de délimiter les contours de la rupture unilatérale en cas de comportement grave du cocontractant, nous ne pouvons manquer d'observer que la perte d'intérêt est – ou doit être – au centre des considérations. L'introduction de ce mécanisme a pour objectif, en effet, de privilégier la situation d'un créancier qui doit pouvoir se désengager d'un rapport devenu pour lui insupportable ; sont ainsi « mis de côté » le caractère sanctionnateur de la

³⁰² En ce sens, v. S. STIJNS, *Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire*, in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMANS et A. VERBEKE (dir.), *Droit des contrats. France, Belgique*, Larcier, LGDJ, 2005, p. 91 et s., spéc. n° 40, p. 120.

³⁰³ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 195, p. 277.

³⁰⁴ Rappr. E. BAZIN, *La résolution unilatérale du contrat*, *RRJ* 2000-4 (1), p. 1381 et s., spéc. n° 19 et s., p. 1393 et s. V. ég. , relevant « *qu'il est bien difficile de savoir où en est le droit positif sur ce point* », T. GENICON, *Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier*, *RDC* 2010, art. cit.

résolution³⁰⁵ et l'humanisme conduisant éventuellement au maintien du contrat en faveur du débiteur. Dans ce cadre, il est évident que le régime de cette rupture doit être élaboré au regard de l'intérêt bien compris et contractualisé du créancier plus que de la teneur de la faute du débiteur. Celle-ci demeure un élément nécessaire, mais seulement en ce qu'elle entraîne une atteinte évidente et définitive à cet intérêt³⁰⁶. Il nous semble alors que la distinction entre une approche objective – inexécution d'une obligation *stricto sensu* – et une appréciation subjective – comportement contraire à l'exigence de bonne foi – des faits reprochés au débiteur n'a guère de sens³⁰⁷. Dans le même sens, une systématisation des manquements justifiant une rupture unilatérale ne sera donc utile que si le lien est fait avec la perte d'intérêt.

182. Si des doutes subsistent quant à la nature et au régime de la résolution unilatérale, nous allons voir que les contractants peuvent les atténuer, et bien plus encore, en prévoyant expressément une faculté de sortie dans le contrat.

SECTION 2 Les clauses de sortie, contractualisation de l'intérêt par les parties

183. En dehors des cas de facultés de sortie reconnues par la loi ou consacrées par la jurisprudence, le contractant victime d'une baisse d'intérêt, serait-elle totale et objectivement appréciable, ne pourra décider unilatéralement de s'évader de la relation et

³⁰⁵ Encore que cet élément nous semble avoir toujours sa place, ne serait-ce que pour distinguer la rupture unilatérale du jeu de la théorie des risques. La position de la jurisprudence actuelle ne laisse en effet pas de place au doute : il est exigé un « *comportement grave* » du débiteur, de sorte que la rupture unilatérale ne peut se concevoir dans le cas d'une inexécution consécutive à la survenance d'un événement de force majeure. Certains auteurs voudraient néanmoins que soit donnée toute sa portée au mécanisme, en permettant au créancier de procéder au remplacement du débiteur lorsque l'exécution du contrat est définitivement empêchée du fait d'un cas de force majeure : v. par ex. C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 516, p. 274.

³⁰⁶ Rappr. C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 223, p. 120 : « *L'exigence de gravité implique que le comportement ne soit pas bénin, sans aucune conséquence préjudiciable pour le contractant [...]. Le seuil de cette gravité peut se mesurer à l'aune de l'intérêt que procure le contrat. Le comportement doit être tel qu'il rend difficile, voire impossible, la continuation du contrat jusqu'au terme extinctif prévu. Il fait perdre au contrat son utilité pour le créancier* ».

³⁰⁷ Rappr. C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 492 et s., p. 260 et s. On observera toutefois, à la lecture d'une décision de la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 11 avr. 2012, RG n° 09/16825), que la distinction peut avoir un certain intérêt : dans cette affaire concernant un contrat de concession, il a été décidé que la rupture unilatérale était justifiée par la gravité du comportement du concessionnaire, lequel avait « *falsifié deux factures dans le but de permettre à sa société d'atteindre les seuils de dépenses publicitaires minimums permettant d'obtenir la participation financière du concédant aux frais publicitaires* ». Mais la Cour a tout de même jugé la rupture brutale après avoir « *observé que la faute, objet du présent contentieux, n'a pas directement trait à l'activité de commercialisation de véhicules et n'impose pas son arrêt immédiat* ».

devra continuer d'exécuter la convention, aux conditions contractuelles qui y sont prévues : nous l'avons vu, la sortie anticipée d'une relation conclue pour une durée déterminée est une faute si elle ne repose pas sur l'exercice d'un droit reconnu. L'article 1134 du Code civil impose en effet aux parties d'honorer leurs engagements, peu important que l'intérêt de l'une d'elles soit entamé si cela n'a pas été correctement contractualisé. Il n'y a là rien de choquant, le principe du respect de la parole donnée devant justement trouver tout son sens et toute sa portée dans les « instants contractuels » difficiles.

184. C'est précisément la fonction des clauses qui nous occupent : si l'intérêt des contractants, susceptible de s'altérer en raison de l'écoulement du temps, est déjà largement pris en compte au travers de la cause et de l'objet de leur engagement, cela pourra être encore précisé par la gestion de certains risques, par la prévision de la survenance éventuelle de certaines situations et des conséquences juridiques qui en découleront ; en l'occurrence la naissance d'un droit de sortie – ou parfois de *faire sortir*, lorsqu'il s'agit d'une relation contractuelle collective – au profit de la partie pour laquelle le contrat ne présente plus assez d'intérêt. Comme on l'a vu, l'intérêt est une notion trop vague pour envisager une définition correcte et effective. C'est donc, négativement, les hypothèses de perte d'intérêt qui devront être stigmatisées lors de l'élaboration du contenu contractuel ; et ce dans les limites que représentent, non seulement les prescriptions légales déjà exposées, mais encore le « pouvoir de négociation » de chaque contractant et son imagination à ce sujet.

185. Pour conclure l'étude de la fonction des clauses de sortie, il nous paraît nécessaire de présenter les principales stipulations concernant la sortie. Force est alors de constater que ces clauses permettant à un contractant de se départir d'une relation qui ne va pas aboutir à la satisfaction escomptée sont variées ; et ce en raison de la diversité tant des éléments composant l'intérêt contractuel, que des événements qui peuvent venir le contrarier ou des types de relations contractuelles envisageables. Pourtant, nous ne désirons pas forcément systématiser ces clauses, parce qu'il existe une identité conceptuelle au regard de notre conception large de l'intérêt et de ses atteintes. Nous nous contenterons ici en conséquence de les aborder brièvement suivant leur appellation « commune », tout en les regroupant chaque fois que la clarté de la présentation le permet ou le commande.

186. Dans ce cadre, nous envisagerons successivement, sans prétendre bien évidemment à l'exhaustivité, la clause résolutoire et ses variantes (§1), la clause de résiliation et ses variantes (§2) les clauses d'anticipation du terme (§3) et les clauses de sortie d'un groupement (§4).

§1 La clause résolutoire et ses variantes

187. Nous aborderons, tout d'abord, ce que l'on nommera la clause résolutoire *stricto sensu* (A.), avant de s'intéresser à ses variantes (B.).

A. La clause résolutoire *stricto sensu*³⁰⁸

188. Également dénommée pacte comissoire, il s'agit à n'en pas douter de la clause de sortie la plus usitée du droit des contrats français, par laquelle les parties conviennent que le contrat les liant sera résolu de plein droit en cas d'inexécution par l'une d'elles des engagements visés dans cette stipulation. Cette clause est valable puisque fondée sur la liberté contractuelle des parties, lesquelles peuvent en principe choisir de déroger aux dispositions non impératives de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil imposant le recours au juge pour le prononcé de la résolution du contrat.

189. L'utilité première de cette clause n'est plus à démontrer : outre un certain effet comminatoire³⁰⁹, elle permet justement d'éviter le recours préalable au juge pour sortir de la relation en cas d'inexécution par le cocontractant. Cette stipulation, ainsi, « *participe à l'aspiration essentielle de tout contractant : prévoir et maîtriser l'avenir* »³¹⁰. On sait toutefois que l'intervention du juge n'est pas pour autant forcément écartée puisqu'il pourra éventuellement être saisi par le débiteur contestant la mise en œuvre de la clause³¹¹ ; le créancier peut également avoir intérêt à porter lui-même le contentieux en justice s'il désire voir opérer des restitutions et/ou obtenir des dommages

³⁰⁸ V. not., parmi une littérature abondante, C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Bibl. dr. priv. T. 258, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze ; M. STORCK, *Dérogations à la résolution judiciaire. Les clauses résolutoires*, JurisClasser Civil Code, art. 1184, fasc. 20 ; J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, *RTD civ.* 1957, p. 433 et s. B. TEYSSIE, *Les clauses de résiliation et de résolution*, *Cah. dr. entr.* 1975, n° 1, p. 13. - F. KENDERIAN, *Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions*, *RTD com.* 2009, p. 81 ; J.-A. ROBERT et Q. CHARLUTEAU, *Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires*, *RLD civ.* 2010, n° 68, p. 7 et s. *Adde*, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, V° Clause résolutoire, par J.-M. Marmayou, n° 1663 et s., p. 945 et s.

³⁰⁹ *Cf. supra.*

³¹⁰ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 347, pp. 250-251.

³¹¹ *Cf. infra.*

et intérêts pour réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution. Cette réalité conduit alors certains à considérer, non sans arguments, que ce mécanisme est l'objet d'une « mise sous tutelle »³¹².

190. Plus marginalement, la clause résolutoire peut également mettre en place un droit de résoudre pour inexécution en ces domaines pour lesquels la résolution judiciaire est écartée, mais où la liberté contractuelle est tout de même préservée³¹³ : ainsi en est-il, par exemple³¹⁴, en matière de contrat de rente viagère³¹⁵. Selon l'article 1978 du Code civil, « le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages ». Il n'est alors en principe pas possible pour le créancier, comme le relève la doctrine³¹⁶, de demander au juge la résolution du contrat pour défaut de paiement par le débiteur des arrérages³¹⁷.

191. Mais la jurisprudence reconnaît que cette règle est supplétive, de sorte que les parties peuvent insérer une clause prévoyant que le créancier pourra faire prononcer la résolution³¹⁸, mais également stipuler une clause résolutoire de plein droit³¹⁹. Comme

³¹² V. en dernier lieu T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 338 et s., p. 246 et s. et les références employées.

³¹³ Cela méritait d'être précisé puisqu'il existe au moins un domaine dans lequel la résolution judiciaire est écartée et la liberté contractuelle des parties fortement réduite, du moins assez pour que la stipulation d'une clause résolutoire soit prohibée : le contrat de travail. Lorsqu'il est conclu pour une durée indéterminée, la procédure de licenciement, prévue par les articles L. 1231-1 et suivants du Code du travail, doit impérativement être observée. Pour les contrats de travail à durée déterminée, le juge ne peut être saisi d'une demande en résolution, aucune procédure de licenciement n'est prévue et les parties ne peuvent stipuler une clause autorisant la rupture anticipée pour d'autres motifs que ceux envisagés par la loi impérative, seules portes de sortie valables en définitive (cf. *infra*).

³¹⁴ V. également, en ce qui concerne le partage dont l'effet déclaratif exclut l'application des règles propres aux actes translatifs, C. BRENNER, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Partage (2° droit commun), n° 357 et s.

³¹⁵ V. D. ARLIC, *La résolution du contrat de rente viagère*, RTD civ. 1997, p. 855.

³¹⁶ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 649 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, T. 3 – Le contrat, Effets*, Economica, 6^{ème} éd., 2007, n° 707, p. 812 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., t. 1, n° 327, p. 339 ; J. CARBONNIER, op. cit., t. 4, p. 326, n° 186 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n° 876, p. 455.

³¹⁷ V. pour un exposé de la règle R. DE QUENAUDON, act. M.-A. RAKOTOVAHINY, *Contrats aléatoires. Rentes viagères. Exécution, inexécution et extinction*, JurisClasseur Civil Code, art. 1977 à 1983, n° 31 et s.

³¹⁸ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 10 nov. 1992, *Bull. civ.*, III, n° 294 ; *JCP éd. G* 1993, IV, 160 ; *JCP éd. G* 1993, II, 22136, note I. ENAMA ; *D.* 1992, IR, p. 278 ; CA Aix-en-Provence, 27 avr. 2000, *JurisData* n° 129093.

³¹⁹ V. Cass. civ., 24 juin 1913, *DP* 1917, 1, p. 38 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 1955, *Bull. civ.*, I, n° 286 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 1965, *Bull. civ.*, I, n° 585 ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} avr. 1971, *Bull. civ.*, III, n° 241 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 6. La jurisprudence a également précisé que, les créanciers n'ayant pas

nous le verrons de manière générale³²⁰, cette clause doit clairement faire apparaître, non seulement la dérogation à l'article 1978 précité, mais également le pouvoir du contractant de prononcer la résolution du contrat par décision unilatérale, faute de quoi le juge dispose de son pouvoir d'appréciation³²¹. De plus, la pratique semble avoir trouvé une autre voie pour permettre la sortie du vendeur lorsque la rente viagère a été constituée pour assurer le paiement du prix d'une vente : la clause résolutoire insérée dans le contrat de vente et prévoyant la faculté pour le vendeur de rompre en cas d'inexécution de l'obligation de payer le prix peut efficacement être mise en œuvre lorsque l'acquéreur débit-rentier ne s'acquitte pas correctement des arrérages³²².

B. La clause d'objectifs, de quota ou de rendement³²³

192. La clause de rendement est l'expression par laquelle on « désigne une disposition obligeant le débiteur à faire le nécessaire pour l'obtention, à l'issue d'un délai fixé, d'un résultat économique convenu »³²⁴. Elle est fréquente dans les contrats de distribution³²⁵, où elle constitue la contrepartie d'une exclusivité et permet de dynamiser le réseau³²⁶. Suivant la nature et le mode de détermination du rendement attendu, la clause pourra prendre l'appellation de clause de quota, de minimum, de coefficient de

invoué le bénéfice de la clause résolutoire figurant au contrat, le fait que l'acte de vente ait réservé une faculté de résolution unilatérale au vendeur n'était pas de nature à l'empêcher de se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil et de demander la résolution de la convention pour inexécution de ses engagements par l'autre partie : Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2006, *JCP éd. G* 2006, IV, 2444 ; *Defrénois* 2006, art. 38459, p. 1495, note Y. DAGORNE-LABBE.

³²⁰ Cf. *infra*.

³²¹ V. par ex. CA Rouen, 17 juil. 2003, *JurisData* n° 2003-222091. Rapp. Cass. 3^{ème} civ., 24 févr. 1999, *Bull. civ.*, III, n° 54.

³²² Cass. Ass. plén., 4 avril 2008, *RDC* 2008, p. 787 et s., note I. DAURIAC ; *Defrénois* 2008, n 16, p. 1829, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RDC* 2009, p. 151, note S. PIMONT : « Ayant exactement retenu que, dès lors que le prix avait été converti en rente viagère, la rente n'était qu'une modalité de paiement du prix et qu'en s'abstenant de payer un terme de cette rente à son échéance, l'acheteur était défaillant dans son obligation de payer le prix au moment où il était exigible, la Cour d'appel, qui a constaté que les époux X... ne justifiaient pas du paiement des arrérages impayés dans le délai qui leur avait été imparti, en a déduit à bon droit que la clause résolutoire pour défaut de paiement du prix devait recevoir application ». En l'espèce, le prix avait été entièrement converti en rente viagère, de sorte que la question de l'efficacité d'une telle clause demeure en cas de conversion seulement partielle du prix de vente en rente.

³²³ V. en dernier lieu J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2011, V° Clause d'objectif, par A.-J. KERHUEL, n° 1285 et s., p. 711 et s.

³²⁴ *Ibid.*, n° 1285, p. 711.

³²⁵ Elle est également présente dans les contrats de travail : v. à ce sujet P. WAQUET, *Les objectifs*, *Dr. soc.* 2001, p. 120 et s.

³²⁶ P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012, n° 5654, p. 1492.

pénétration ou encore d'objectifs³²⁷. La clause peut encore, plus sévèrement, prévoir l'obligation d'atteindre ledit résultat³²⁸.

193. Et c'est bien justement cette dernière version de la stipulation qui nous intéresse : s'il est mis à la charge du distributeur une obligation de résultat, son inexécution va pouvoir entraîner la rupture du contrat, soit au titre d'une clause résolutoire, soit au titre même de la clause d'objectifs qui peut venir préciser que la non-obtention du résultat prévu donnera au créancier le droit de résilier la convention³²⁹. Si les juges sont fréquemment sollicités par le distributeur évincé du réseau, la clause bien rédigée n'en demeure pas moins valable et la rupture efficace³³⁰.

194. Organisée de la sorte, nous ne voyons alors aucune différence entre cette faculté et celle issue d'une clause résolutoire *stricto sensu*. Les auteurs ont d'ailleurs du mal à distinguer en ce cas les deux types de dispositions³³¹. La présentation de cette clause nécessite toutefois une analyse spécifique sur certains aspects ayant trait à ses conditions de validité ou d'efficacité. Ainsi, puisqu'il est ici question de sanctionner la non-réalisation d'un objectif, il sera nécessaire de correctement – objectivement – définir ledit rendement à atteindre³³² ; en effet, tant en vertu des dispositions du droit de la concurrence³³³ que de celles du droit des obligations contractuelles, les éléments concourant à sa définition ne peuvent être soumis à l'arbitraire du créancier en cours d'exécution, lequel pourrait en user pour se défaire d'un contrat qu'il ne veut plus pour une raison en réalité inadmissible : il s'agirait là d'un dépassement de la potestativité

³²⁷ V. A RONZANO, *Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution*, JCP éd. E 1996, I, n° 535.

³²⁸ J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 1291, p. 794 ; P. LE TOURNEAU (dir.), *op. cit.*, n° 5657, p. 1493.

³²⁹ Pour un exemple récent, v. Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-18.577, *inédit* (clause prévoyant que le non-respect par le débiteur d'un quota mensuel autorisera l'autre partie à résilier le contrat).

³³⁰ V. par ex. Cass. com., 9 juin 2004, *RJ com.* 2004, p. 506, note S. LEBRETON-DERRIEN (1^{ère} esp.) ; Cass. com., 21 juin 2011, précité ; CA Paris, 23 févr. 2011, *JurisData* n° 2011-006459 ; CA Paris, 18 mars 2010, *JurisData* n° 2010-011470.

³³¹ V. par ex. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 132, p. 145 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *Bibl. dr. priv.* T. 286, LGDJ, 1996, préf. J. Ghestin, n° 706 et s., p. 264-265.

³³² CA Paris, 2 oct. 1991, *D.* 1991, IR, p. 284.

³³³ V. les articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce ; v. également le droit de la concurrence de l'Union européenne : le règlement n° 330/2010 du 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* 2010, L. 102, 23 avr. 2010 et le règlement n° 461/2010 du 27 mai 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *JOUE* 2010, L. 129, 28 mai 2010.

acceptable³³⁴. Dans le prolongement, le résultat à atteindre doit être raisonnable³³⁵ et proportionné « à l'importance du territoire concédé »³³⁶ ou « au pourcentage des ventes du fournisseur sur le marché »³³⁷.

C. La clause de résolution par anticipation

195. Encore dénommée « clause résolutoire pour inexécution anticipée », il s'agit de la stipulation permettant à son bénéficiaire de rompre le contrat lorsqu'il lui paraît certain que le débiteur ne s'exécutera pas dans le temps convenu. Ainsi, à la différence de la clause résolutoire *stricto sensu*, le manquement n'est ici pas encore avéré ; mais les circonstances autorisent le créancier à considérer qu'il est certain qu'il se produira, lequel est alors en droit de mettre fin à la relation par la mise en œuvre de la disposition contractuelle.

196. L'intérêt de cette clause réside donc, non seulement dans la dispense de recours au juge en cas d'inexécution comme l'impose en principe l'article 1184 du Code civil, mais également dans l'anticipation même de cette inexécution : « le créancier est libéré du contrat et peut rechercher des solutions de rechange sans attendre que l'inexécution du débiteur devienne effective »³³⁸. La clause de résolution par anticipation est alors une forme de contractualisation de l'*anticipatory breach*, ou résolution par anticipation³³⁹, mécanisme bien connu de plusieurs systèmes juridiques étrangers³⁴⁰ et codifications internationales³⁴¹, d'ailleurs repris par certains projets de réformes du droit

³³⁴ CA Paris, 23 févr. 2011, précité, prenant le soin de relever, à propos d'une clause de quota révisable annuellement, que « dans ces conditions, l'existence de la condition objective et extrinsèque, totalement indépendante de la seule volonté discrétionnaire de la société [...] et constituée par l'évolution du marché, pour la mise en œuvre du mécanisme de révision litigieux exclut que la clause correspondante puisse être regardée comme contraire aux dispositions de l'article 1174 du code civil et susceptible d'être annulée à ce titre ».

³³⁵ Cass. com., 28 mai 2002, *JCP éd. E* 2002, n° 1842, note V. PERRUCHOT-TRIBOUILLET.

³³⁶ Cass. com., 28 janv. 2008, *Contr., conc., consom.* 2008, comm. n° 96, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

³³⁷ Cass. com., 13 mai 1997 ; *JCP éd. E* 1997, pan., p. 727 ; *D.* 1998, somm. p. 339, obs. D. FERRIER ; *RTD civ.* 1998, p. 101, obs. J. MESTRE

³³⁸ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat, La résolution du contrat sur base de l'inexécution anticipée*, *RDAl* 2002, n° 3/4, p. 414.

³³⁹ V. not. à ce sujet Y.-M. LAITHIER, *op. cit.* ; T. GENICON, *op. cit.*, n° 314 et s., p. 228 et s. ; C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 575 et s., p. 307 et s. *Adde*, F. PARAISO, *Observations sur la résolution de la vente d'immeubles d'après l'article 1655 du Code civil*, *RTD civ.* 2011, p. 67 et s.

³⁴⁰ En droit anglais, pour l'arrêt de principe, v. *Hochster v. De la Tour*, 118, Eng. Rep., 922 (1853) ; v. également, en droit allemand, le § 323(4) du BGB.

³⁴¹ V. l'article 9 :304 des Principes du droit européen des contrats, les articles 71 à 73 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ou encore l'article 7.3.3 des Principes d'Unidroit,

français des contrats³⁴². On sait aussi que ce remède n'a pas été reçu en France, du moins clairement³⁴³.

197. Nous n'avons pu trouver trace d'une telle disposition contractuelle dans la jurisprudence. Il n'est pas pour autant possible d'en déduire une invalidité ou, à l'inverse, une validité indiscutable de la clause. À notre sens, en effet, une telle stipulation sera source de difficultés, à tout le moins de critiques ; les mêmes d'ailleurs que celles qui ont déjà été soulevées à propos de l'admission d'un droit unilatéral de résolution par anticipation³⁴⁴. Essentiellement, la méfiance est suscitée par la définition de l'événement donnant naissance au droit de rompre, c'est-à-dire, en définitive, à ce que l'on peut nommer « l'inexécution anticipée »³⁴⁵ ; car il serait tout de même déroutant de nommer « clause de résolution par anticipation » une clause permettant de se départir de son engagement pour un simple *risque* d'inexécution, pour une perte d'intérêt en réalité étrangère à un manquement certain du débiteur³⁴⁶.

198. Dans ce cadre, la clause pourra valablement prévoir deux types d'événements comme inexécution anticipée³⁴⁷ : tout d'abord, le refus d'exécution exprimé, à l'avance, par le débiteur d'une obligation à terme³⁴⁸ et, ensuite, tous les « *cas où il ne fait aucun doute que l'inexécution sera totale et définitive* »³⁴⁹, principalement en raison de la

³⁴² V. par ex. l'article 169 du Projet de la Chancellerie de Réforme du droit des obligations.

³⁴³ V. T. com Le Havre, 24 nov. 1934, *RTD civ.* 1935, p. 647, n° 13, obs. R. DEMOGUE, ayant admis que le créancier n'avait pas à attendre l'échéance prévue pour l'exécution par le débiteur de ses obligations pour demander une indemnité lorsque ce dernier a manifesté, de façon répétée, son intention de ne pas exécuter. V. ég., dans une certaine mesure, les décisions citées par C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 595 et s., pp. 315-316. Mais ces dernières décisions insistent sur l'urgence de la situation et l'état de nécessité dans lequel se trouve le créancier, qui, comme le reconnaît d'ailleurs l'auteur, ont « *souvent fondé les hypothèses exceptionnelles de résolutions extrajudiciaires* ».

³⁴⁴ V. en dernier lieu T. GENICON, *op. cit.*, n° 323 et s., p. 233 et s.

³⁴⁵ Comp. C. POPINEAU-DEHAULLON, *op. cit.*, n° 593, p. 315 : « *comment la résolution pourrait-elle intervenir alors que, par hypothèse, l'inexécution n'est pas encore caractérisée ?* ».

³⁴⁶ Comp. T. GENICON, *op. cit.*, n° 327, p. 236 : l'auteur se montre méfiant à l'égard d'« *une résolution pour perte d'intérêt déguisée* » que conduirait à admettre la réception trop large de la résolution pour inexécution anticipée. Il faut toutefois rappeler que l'objet des travaux cités de l'auteur est « *la résolution pour inexécution* », dont le fondement doit pour lui être dégagé de toute notion de perte d'intérêt (*ibid.*, n° 77 et s., p. 57 et s.). Pour notre part, nous travaillons sur la faculté prévue par une clause de sortir du contrat, qui peut être celui de rompre en cas d'inexécution par le cocontractant : elle puise sa validité dans l'accord des parties ; mais nous avons vu que son objet est bien de prémunir le créancier contre une perte d'intérêt. En conséquence, nous ne pouvons considérer une clause qui instituerait un droit de rupture pour perte d'intérêt comme non valable de ce chef... mais nous ne pouvons pour autant la nommer, selon la terminologie consacrée – certes ambiguë –, « *clause de résolution par anticipation* » ou « *clause résolutoire pour inexécution anticipée* ».

³⁴⁷ *Ibid.*, n° 328 et s., p. 237 et s.

³⁴⁸ Il s'agit de la faculté pour le créancier de rompre le contrat en cas de dénonciation (*repudiation* anglaise) par le débiteur.

³⁴⁹ T. GENICON, *op. cit.*, n° 329, p. 237 (l'auteur souligne).

survenance de circonstances extérieures aux parties³⁵⁰. Mais alors, à suivre le postulat selon lequel le manquement doit être fautif pour qu'opère une résolution pour inexécution, on est alors davantage en présence de ce qu'on nomme « clause de résiliation ».

199. D'ailleurs, d'autres événements, susceptibles d'aggraver le risque d'inexécution sans pour autant que ce dernier ne se concrétise forcément, peuvent bien être prévus ; mais il s'agira alors plus probablement, encore, d'une clause de résiliation selon la terminologie consacrée.

§2 La clause de résiliation³⁵¹

200. Par cette appellation générique, on désigne la clause par laquelle les contractants prévoient qu'un l'un d'eux pourra mettre fin au contrat « pour l'avenir », avant l'arrivée du terme extinctif, en cas de survenance d'un événement déterminé³⁵². On la distingue alors, classiquement, de la clause résolutoire en ce que cet événement n'est pas une inexécution contractuelle³⁵³.

201. On sait pourtant que la distinction ne tient pas forcément l'analyse, tant « *le spectre [est] pratiquement continu* »³⁵⁴ entre ces deux espèces de dispositions contractuelles. En ce sens, tout d'abord, nous considérons que l'inexécution du cocontractant est un événement comme un autre³⁵⁵ ; ensuite, si la distinction est formellement à l'œuvre entre ces deux clauses, il n'en est pas de même en tous les domaines, comme en matière de clause de déchéance du terme³⁵⁶, ce qui incite alors à tempérer l'importance et la portée de la différenciation ; enfin, si la clause de résiliation ne sanctionne pas un manquement contractuel, une de ses vocations est incontestablement de permettre une sortie en cas d'aggravation du risque d'inexécution de même qu'il faut

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ V. B. TEYSSIE, *art. cit.* ; J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause de résiliation, par B. BARTHE, n° 1634 et s., p. 929 et s.

³⁵² V. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 1634, p. 929.

³⁵³ Le niveau de distinction est en quelque sorte double, puisque le terme « résolution » est tout à la fois réservé au mécanisme permettant de sanctionner le débiteur et, maladroitement à la rupture opérant rétroactivement, ces deux aspects étant bien évidemment liés.

³⁵⁴ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, n° 1372, p. 546. La distinction nous semble en effet difficile à opérer lorsque, par exemple, l'événement conditionnant la naissance du droit de rupture est, par exemple, l'accomplissement par le cocontractant d'agissements susceptibles de nuire à la réputation et aux intérêts du bénéficiaire

³⁵⁵ *Cf. infra.*

³⁵⁶ *Cf. infra.*

bien admettre qu'il est parfois délicat de qualifier l'événement. À titre d'exemple de la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer la clause résolutoire de la clause de résiliation, on évoquera deux types de dispositions contractuelles.

202. La première est la clause dite « de défaut croisé »³⁵⁷ – *cross default clause*. Elle permet à une partie de rompre le contrat, pourtant correctement exécuté, au motif que son cocontractant se trouve en état de défaillance dans l'exécution d'un autre contrat³⁵⁸. Il s'agit bien de « sanctionner » une inexécution par la sortie anticipée, ce qui la rapproche de la clause résolutoire³⁵⁹, mais la défaillance ne concerne pas une obligation du contrat en cause mais un événement qui lui est extérieur, un fait juridique appartenant à une autre sphère contractuelle, ce qui la rapproche de la clause de résiliation³⁶⁰.

203. La seconde disposition est la clause permettant à son bénéficiaire de sortir de la relation en cas d'agissements par le cocontractant susceptibles de nuire à sa réputation et à ses intérêts³⁶¹ : à observer la définition de la clause résolutoire, il n'y a pas forcément là prévision de l'inexécution d'une obligation strictement déterminée, précisément visée ; peut-on pour autant dire qu'il s'agit d'une clause de résiliation *stricto sensu* – c'est-à-dire ne sanctionnant pas le débiteur défaillant –, dans la mesure où le devoir d'exécution de bonne foi de la convention impose selon nous de ne pas commettre de tels actes ?

204. Passé ce faux obstacle, nous relevons que la clause de résiliation a pour objet, comme l'ensemble des clauses qui nous occupent, d'offrir à un contractant un droit de sortie anticipée d'un contrat à durée déterminée³⁶² lorsque la loi n'a pas prévu une telle faculté³⁶³ et que son intérêt est altéré par la survenance de circonstances particulières ;

³⁵⁷ Elle est fréquemment présente dans les contrats de prêt : il s'agit alors d'une clause de déchéance du terme sur laquelle *cf. infra*.

³⁵⁸ Les parties écartent ainsi contractuellement un effet du principe de la relativité des conventions institué par l'article 1165 du Code civil.

³⁵⁹ D'autant plus qu'en général les deux contrats lient les mêmes personnes.

³⁶⁰ Surtout si l'on relève qu'il s'agit pour le créancier de se prémunir contre une aggravation du risque d'inexécution, attestée par un manquement déjà avéré dans l'exécution d'un autre contrat.

³⁶¹ V. par exemple Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-18.101, *inédit*.

³⁶² Si le contrat est conclu pour une durée indéterminée, il est en principe résiliable unilatéralement, à tout moment, à la condition d'observer un délai de préavis et sous réserve d'un exercice abusif : « *dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties* » (Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1985, *Bull. civ.*, I, n° 54).

³⁶³ Nous verrons en effet que le législateur et la jurisprudence autorisent souvent un contractant à se départir d'une relation contractuelle conclue pour un temps donné lorsqu'il est présumé faible ou lorsqu'il est manifeste que son intérêt est atteint (*cf. supra*).

c'est dire, en définitive, quand la relation lui semble devenir déséquilibrée³⁶⁴. Et ce déséquilibre, cette atteinte à son intérêt de voir le contrat se poursuivre jusqu'au terme initialement prévu, peut être la conséquence d'événements dont la nécessaire variété rend vaine toute recherche d'exhaustivité – ce que le rédacteur ne saurait d'ailleurs jamais perdre de vue. Encore que l'on puisse avancer qu'il existe, *grosso modo*, deux types de circonstances : celles ayant trait à ce que l'on nommera la sphère contractuelle et celles qui y demeurent extérieures³⁶⁵.

205. La première catégorie renvoie principalement aux hypothèses d'aggravation du risque d'inexécution : si l'intérêt du bénéficiaire peut être atteint en raison d'une modification de la situation de son cocontractant, c'est parce que l'on peut considérer que le changement entraîne une élévation du risque que ce dernier manque à ses obligations contractuelles. À ce titre, il est possible de prévoir, par exemple, que le contrat sera rompu en cas d'évolution défavorable des finances de l'autre partie³⁶⁶, de disparition de cette dernière en raison de son décès ou de la cession du contrat³⁶⁷, de perte d'une qualité précise³⁶⁸. Si le cocontractant est une personne morale, pourront pareillement entraîner la résiliation du contrat un changement dans son contrôle³⁶⁹, dans sa direction³⁷⁰ ou encore une transformation de sa structure³⁷¹. Encore récemment, la jurisprudence est venue confirmer l'utilité de telles stipulations en décidant qu'en l'absence de clause spécifique, et malgré le caractère *intuitu personae* du contrat, celui-ci ne saurait être valablement

³⁶⁴ V. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1375, p. 548, pour lesquels il s'agit de prévenir un « déséquilibre contractuel ».

³⁶⁵ V. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 1636, pp. 929-930.

³⁶⁶ Pourvu que la situation financière soit correctement – objectivement – déterminée, afin d'éviter tout risque d'arbitraire. V. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1376, p. 549.

³⁶⁷ La perte d'intérêt peut également, dans ce cas, s'expliquer par la disparition de cet éventuel sentiment d'affection qui unissait le bénéficiaire de la clause au cocontractant initial, ce qui marque alors l'existence d'un *intuitu personae*. V. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1264, p. 497. V. ég. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, préf. G. Champenois, Economica, 1998, spéc. n° 144 et s., p. 137 et s.

³⁶⁸ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 8 janv. 2002, *RTD civ.* 2002, p. 297, obs. J. MESTRE et B. FAGES (clause de résiliation en cas de perte de la qualité d'actionnaire du contractant).

³⁶⁹ Cass. com., 14 janv. 1997, *RJDA* 1997, n° 1006 ; *RTD Civ.* 1997, p. 427, obs., J. MESTRE ; *RJ com.* 1998, p. 178, note G. WICKER ; CA Paris, 16 nov. 2006, *JurisData* n° 2006-322561.

³⁷⁰ V. par ex. Cass. com., 2 juill. 1991, *RTD civ.* 1992, p. 93, obs. J. MESTRE (clause de résiliation en cas de décès du dirigeant) ; Cass. com., 3 mars 2004, *RLD civ.* 2004, n° 5, p. 3, édito. J. MESTRE (clause de résiliation en cas de départ du dirigeant, jugée applicable à son décès).

³⁷¹ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1997, *RJDA* 1997, n° 1163 ; *RTD civ.* 1998, p. 104, obs. J. MESTRE (clause de résiliation en cas de fusion ou absorption du concessionnaire, jugée non applicable à en cas d'apport partiel d'actif) ; CA Reims, 26 juin 2006, *JurisData* n° 2006-332140 (clause de résiliation en cas de modification fondamentale de la structure ou des activités du concessionnaire).

résilié de manière anticipée en cas de changement dans la direction de la personne morale contractante³⁷².

206. La seconde catégorie n'a pas de rapport direct avec le risque d'inexécution : il s'agit de se prémunir contre une atteinte à la rentabilité de l'opération³⁷³ en prévoyant, par exemple, que le contrat pourra se terminer en cas de cessation d'un autre contrat liant les parties, à raison d'un bouleversement de circonstances économiques entraînant une exécution plus onéreuse, en cas de grève ou d'une modification de la législation applicable à la relation contractuelle ; le bénéficiaire peut encore vouloir sortir de la relation en cas de formulation par un concurrent du cocontractant d'une offre plus avantageuse, ce dernier ne désirant pas s'aligner. On voit alors bien que la clause de résiliation est une appellation générique : la première de ces clauses peut être une clause instituant une indivisibilité contractuelle³⁷⁴, la seconde n'est en définitive rien d'autre qu'une version « radicale » de la clause d'imprévision – ou clause de *hardship* –³⁷⁵, alors que certaines peuvent encore être qualifiées de clauses de force majeure³⁷⁶ et que la dernière est également nommée clause d'offre concurrente, ou clause anglaise³⁷⁷, contractualisation dans une certaine mesure de la théorie de l'*efficient breach of contract*³⁷⁸.

³⁷² Cass. com., 29 janv. 2013, *Bull. civ.*, IV, n° 19 ; *RTD civ.* 2013, p. 397, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RLD civ.* 2013, n° 103, p. 10, note C. LE GALLOU ; *JCP éd. E* 2013, 1225, note F. BUY ; *Rev. sociétés* 2013, p. 552, note, M. CAFFIN-MOI.

³⁷³ *Cf. supra*.

³⁷⁴ Sur laquelle v. not. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause de divisibilité et d'indivisibilité par A.-J. KERHUEL, n° 457 et s., p. 271 et s. ; W. DROSS, *Clausier*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, V° Indivisibilité des contrats, p. 344 et s. ; J. MOURY, *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, *RTD civ.* 1994, p. 225. et s. ; J.-M. MARMAYOU, *Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats*, *RJ com.* 1999, p. 292 et s.

³⁷⁵ V. en dernier lieu à ce sujet J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause d'imprévision, par H. BARBIER, n° 810 et s., p. 473 et s. et les références employées ; M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clause*, FEC – Bruylant, 2^{ème} éd., 2003, p. 487 et s. ; W. DROSS, *Clausier*, *op. cit.*, V° *Hardship*, p. 293 et s. La résiliation n'est toutefois pas le seul mécanisme susceptible d'être mis en marche « en cas d'événement venant modifier l'équilibre du contrat en cours » (J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 810, p. 473), celle-ci étant généralement précédée d'une tentative de renégociation, en vertu d'une obligation imposée par la même clause, ou pouvant être évitée en cas de recours à l'intervention d'un tiers aux fins de rééquilibrer la relation.

³⁷⁶ V. not. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause de force majeure, par J. HEINICH, n° 696 et s., p. 397 et s. et les références employées ; M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 435 et s.

³⁷⁷ V. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause anglaise ou clause d'offre concurrente, par L. MERLAND, n° 128 et s., p. 95 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, V° Clause d'alignement, p. 33 et s. ; M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 532 et s et p. 562 et s.

³⁷⁸ V. entre autres, parmi une abondante littérature, B. RUDDEN et P. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, *RID comp.* 1996, p. 1015 et s. ; C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 427 et s., p. 206 et s. ainsi que les auteurs cités.

207. Peu importe son appellation, la clause de résiliation, fréquemment présente dans les contrats à exécution successive de longue durée³⁷⁹, est parfaitement valable dans son principe³⁸⁰ ; des limites existent cependant, nous le verrons, ayant de manière générale trait au risque d'arbitraire induit par la faculté ainsi créée. Cependant, l'invalidité doit parfois être appréciée au cas par cas, au regard de la nature précise de l'événement conditionnant ; ainsi, par exemple, a-t-on confronté un temps³⁸¹ la validité d'une clause d'offre concurrente d'un contrat-cadre au regard de l'exigence de détermination du prix³⁸², alors qu'il s'agit plutôt désormais d'en assurer la conformité aux règles impératives du droit de la concurrence³⁸³.

208. Quant à son efficacité, nous en examinerons les conditions au titre de l'étude de sa mise en œuvre³⁸⁴.

§3 Les clauses d'anticipation du terme³⁸⁵

209. La spécificité de ces clauses réside dans le fait qu'il n'est pas question lors de leur mise en œuvre de sortir d'une relation par interruption d'une obligation qui devait être exécutée jusqu'au terme – extinctif – et sans satisfaction du créancier, mais bien de quitter la relation par une exécution anticipant le terme – suspensif –, totalement ou partiellement satisfaisante. L'anticipation peut alors être désirée par le créancier de l'obligation à terme (**A.**) ou par le débiteur voulant exécuter avant l'heure (**B.**).

³⁷⁹ *A fortiori* lorsqu'il existe des éléments d'extranéité : J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 1637 et s., pp. 930-931.

³⁸⁰ C. CHABAS, *l'inexécution licite du contrat*, *op. cit.*, n° 99 et s. Pour la jurisprudence, v. par ex. Cass. com., 14 janv. 1997, *D. aff.* 1997, p. 273 ; Cass. com., 8 juin 1999, n° 96-18.101, précité ; CA Paris, 25 janv. 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 413, note A. COURET ; *RTD civ.* 1996, p. 158, obs. J. MESTRE.

³⁸¹ C'est dire avant que les arrêts de la Chambre plénière de la Cour de cassation du 1^{er} déc. 1995 admettent que le prix dans les contrats-cadres n'a pas à être déterminé ou déterminable : Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n° 9 ; *D.* 1996, p. 13, concl. M. JEOL et note L. AYNES ; *JCP éd. G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL et note J. GHESTIN ; *JCP éd. E* 1996, n° 5, p. 776, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1996, p. 747, obs. P. DELEBECQUE ; *RJDA* 1/96, n° 7, concl. M. JEOL et chr. n° 3, M-A. FRISON-ROCHE ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *RTD civ.* 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; *Contr., conc., consom.* 1996, n° 1, obs. L. LEVENEUR ; *RTD com.* 1996, p. 316, note B. BOULOC.

³⁸² V. par ex. Cass. com., 14 juin 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 206 ; *RTD civ.* 1989, p. 299, obs. J. MESTRE ; *D.* 1989, p. 89, note M. MALAURIE. La clause n'est pas forcément critiquable sur ce point en dehors du domaine des contrats-cadres, dans la mesure où le prix demeure déterminable (J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 135, pp. 97-98) et où la clause joue en principe en faveur de l'acheteur (W. DROSS, *op. cit.*, p. 36).

³⁸³ V. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 135 et s., p. 97 et s. ; W. DROSS, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸⁴ *Cf. infra.*

³⁸⁵ V. à ce sujet, de manière générale, C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, *op. cit.*, n° 410 et s., p. 353 et s.

A. La clause de déchéance du terme³⁸⁶

210. La clause de déchéance du terme, ou « clause d'exigibilité immédiate », « est la stipulation contractuelle par laquelle un contractant, créancier d'une obligation dont l'exécution est suspendue à l'échéance d'un terme, se réserve la faculté d'en exiger l'exécution anticipée par le débiteur en cas de survenance d'un événement déterminé »³⁸⁷. La validité et l'efficacité de principe de la clause de déchéance du terme ne font pas difficulté lorsqu'elle est le fruit d'un accord libre et non vicié. On précisera seulement que la clause doit être expressément prévue, puisqu'elle déroge au droit commun³⁸⁸.

211. Cette disposition contractuelle se retrouve dans les contrats dits « de restitution » et conclus pour une durée déterminée : tout d'abord, en effet, « la déchéance du terme ne peut se concevoir qu'autant qu'il a été prévu un terme suspensif pour l'exécution d'une obligation »³⁸⁹ ; si aucun terme n'a été prévu, le contrat est considéré comme conclu pour une durée indéterminée et donc susceptible d'être résilié unilatéralement et à tout moment, sous respect de l'observation d'un délai de préavis³⁹⁰. Ensuite, « si la prévision contractuelle de cas de déchéance peut concerner tout contrat prévoyant au moins une obligation à terme, cette stipulation se retrouve principalement dans les conventions mettant à la charge de l'une des parties une obligation, non seulement exécutable à terme, mais également essentielle à l'économie du contrat, telle que l'obligation de restituer la chose dans les contrats dits de restitution »³⁹¹. On retrouve

³⁸⁶ V. J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause de déchéance du terme, par B. BARTHE, n° 375 et s., p. 227 et s. V. encore R. MARTY, *Les clauses d'événements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement*. Material adverse change and Cross default clauses, *JCP éd. E* 2011, n° 1250.

³⁸⁷ J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 375, p. 227.

³⁸⁸ En ce sens, v. C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, *op. cit.*, n° 501, p. 427. La Cour de cassation a cependant déjà confirmé, à l'inverse, une décision d'une cour d'appel ayant retenu que « les cautions se sont engagées à payer les sommes dues par la société débitrice principale après avoir pris connaissance des clauses du contrat de prêt, en particulier la clause de déchéance du terme en cas de non respect des échéances et qu'il s'ensuit qu'elles ont tacitement accepté de payer dès la déchéance du terme » (nous soulignons) : Cass. com., 13 mai 2003, n° 00-15.642, *inédit*.

³⁸⁹ J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 378, p. 228.

³⁹⁰ V. par ex., en matière de prêt à usage conclu pour une durée indéterminée, Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 34 ; *D.* 2004, jur., p. 903, note C. NOBLOT ; *Contr.*, *conc. consom.* 2004, n° 53, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2004, p. 312, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RLD civ.* 2004, n° 4, comm. n° 123, note N. VIGNAL : « lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable ». V. ég. depuis Cass. 3^{ème} civ., 19 janv. 2005, *Bull. civ.*, III, n° 12. Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2005, *Bull. civ.*, I, n° 204. Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 2006, n° 05-20.114, *inédit*. Cass. 3^{ème} civ., 4 avr. 2007, *Bull. civ.*, III, n° 56. V. en dernier lieu A.-C. REGLIER, *L'obligation de restituer dans le prêt à usage à durée indéterminée*, *Dr. et patr.* 2009, n° 185, p. 50 et s. V. également, concernant le concours bancaire à durée indéterminée, C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 8^{ème} éd., 2010, n° 428 et s., p. 257 et s.

³⁹¹ J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*

donc cette clause, essentiellement, dans les contrats de prêt et leurs conventions accessoires, comme le cautionnement.

212. L'utilité de cette disposition est évidente. En tant qu'élément de leur engagement, les contractants sont tenus par le terme stipulé pour l'exécution de leurs obligations³⁹² ; ainsi, en dehors des cas de déchéances légales³⁹³ et dans le silence du contrat, le créancier ne peut remettre seul³⁹⁴ en cause la loi des parties sur ce point sans commettre de faute engageant sa responsabilité³⁹⁵, même en cas de survenance d'un événement entraînant une remise en cause des raisons ayant originellement conduit le créancier à accorder un délai : celui-ci n'aura d'autre choix que d'attendre l'arrivée du terme³⁹⁶. La clause de déchéance du terme, comme toute clause de sortie, est donc un acte de prévision concrétisant la volonté d'un contractant d'anticiper la survenance d'une situation déterminée en prévoyant les conséquences qu'il convient d'y donner³⁹⁷.

213. En l'occurrence « *si le créancier entend imposer au débiteur l'exécution immédiate de son obligation, c'est parce que l'exécution à terme ne présente plus d'intérêt pour lui : la clause de déchéance du terme permet de prendre contractuellement*

³⁹² V. l'article 1186 du Code civil ; v. également les articles 1888 et 1899 du même Code. Dans certains cas, le terme représente un élément nécessaire à l'existence même du contrat : ainsi en est-il par exemple du contrat de prêt, lequel ne peut raisonnablement se concevoir sans qu'un délai soit accordé à l'emprunteur pour l'exécution de son obligation de restitution : v. C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 180 et s., p. 165 et s.

³⁹³ Par exception, le législateur a toutefois prévu des cas de déchéances du terme lorsque, par une mise en balance des intérêts des parties, il apparaît que la relation ne doit plus être. L'article 1188 du Code civil prévoit ainsi que « *le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier* ». Des dispositions particulières envisagent également l'anticipation du terme : l'article 1889 du Code civil (prêt à usage), les alinéas 3 et 4 de l'article L. 143-1 du Code de commerce (fonds de commerce), ou encore les articles L. 144-6, alinéa 1^{er} (location-gérance), L. 511-38, I, 2° (lettre de change) et L. 643-1 (liquidation judiciaire) du même Code. On peut enfin évoquer les articles L. 311-24, L. 312-22 et L. 314-8 du Code de la consommation prévoyant une sanction du consommateur défaillant ; pour autant il ne s'agit pas d'une réelle déchéance du terme dans la mesure où il ne peut être exigé du consommateur le paiement anticipé des intérêts contractuels non échus, mais seulement, et de manière très encadrée, le règlement d'une indemnité : v. en ce sens C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 506, p. 433. *Contra* : J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat* : LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 180, p. 221.

³⁹⁴ Les parties à la convention peuvent toujours s'accorder sur une exécution anticipée. Il est également acquis que le bénéficiaire du terme, présumé être le débiteur selon l'article 1187 du Code civil, peut y renoncer en préférant s'exécuter immédiatement plutôt que de manière différée. Il nous semble alors que le seul exemple de terme stipulé exclusivement en faveur du créancier est celui éventuellement prévu pour la restitution dans le contrat de dépôt à titre gratuit : le déposant peut demander au dépositaire de lui restituer la chose objet du contrat avant la date qui a été convenue, comme le prévoit au demeurant l'article 1944 du Code civil.

³⁹⁵ V. par ex. CA Nancy, 31 oct. 2007, *JurisData* n° 2007-355989. En l'espèce le prêteur avait prononcé la déchéance du terme pour une cause non prévue par le contrat et avait opéré une compensation entre dettes. Il a été condamné à restituer le montant retenu et à réparer le préjudice découlant de sa faute.

³⁹⁶ V. J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 376, p. 227. V. par ex. CA Paris, 8 avr. 2009, *JurisData* n° 2009-376560. Toutefois, si le contrat implique le remboursement par fractions d'une somme d'argent, le créancier peut poursuivre le débiteur en paiement des fractions venues à échéance et non réglées.

³⁹⁷ V. en ce sens C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 498, p. 425.

en compte cette éventuelle perte d'intérêt »³⁹⁸ ; et les sources de cette atteinte portée à son intérêt, qui entraîne sa volonté de sortir, peuvent être variées.

214. Tout d'abord, le plus souvent, c'est parce qu'une faute contractuelle peut être relevée à l'encontre du débiteur que le créancier n'entend plus lui laisser le bénéfice du terme en lui imposant l'exécution immédiate. L'intérêt est clairement atteint car il n'y a pas d'exécution ou mauvaise exécution. Le rapprochement de cette disposition prévoyant un manquement avec la clause résolutoire, voire l'assimilation, est alors régulièrement opéré³⁹⁹.

215. Ensuite, cependant, cette clause peut également se référer à une cause étrangère à toute idée de défaillance contractuelle, comme un changement dans la situation du débiteur⁴⁰⁰. On perçoit alors bien la nature ambivalente de cette disposition contractuelle, qui peut venir sanctionner une inexécution fautive comme prévoir un droit de sortie exclusif de toute commission d'une faute. Pour autant, aucune distinction théorique n'est à l'œuvre en ce domaine. Ce qui, par analogie, nous conforte dans notre position : les clauses résolutoires peuvent bien être distinguées des clauses de résiliation, mais seulement en ce que l'événement venant porter atteinte à l'intérêt d'un contractant est différent, ni plus, ni moins. Si cette différence en induit d'autres, relatives cette fois à la mise en œuvre de la disposition, cela ne saurait exclure une communauté de nature et d'objet, le régime devant simplement être adapté à la nature de l'évènement en question.

216. Les conditions de validité de cette clause sont celles communes à tout engagement contractuel et prévues par les dispositions des articles 1101 et suivants du Code civil. Nous verrons toutefois que le rédacteur doit éviter le risque d'arbitraire, afin d'écarter l'existence d'une éventuelle potestativité invalidante souvent avancée dans un contentieux nourri⁴⁰¹.

³⁹⁸ J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁹⁹ V. par ex., traitant de la clause de déchéance du terme comme une « clause résolutoire », J. MESTRE, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, *RTD civ.* 1985, p. 381 ; J. MOULY, note sous CA Versailles, 3 nov. 1992, *D.* 1994, jur., p. 284 ; G. POISSONNIER, *Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation*, *D.* 2006, p. 370.

⁴⁰⁰ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 18 févr. 1997, n° 95-12.962, *inédit* (clause de déchéance en cas de changement dans les dirigeants ou dans la majorité des associés d'une société) ; Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1998, n° 95-18.203, *inédit* (clause de déchéance en cas d'insolvabilité du débiteur) ; CA Versailles, 3 nov. 1992, *D.* 1994, jur., p. 284, note J. MOULY (clause de déchéance en cas de cessation des fonctions de l'emprunteur auprès du prêteur).

⁴⁰¹ *Cf. infra.*

B. La clause de remboursement anticipé

217. Cette expression est parfois utilisée pour désigner la clause de déchéance du terme. Elle est également employée pour désigner la clause prévoyant le versement d'une indemnité en cas d'exercice par le débiteur d'un droit légal de remboursement anticipé. Nous considérons qu'il y a ici lieu de distinguer, en ce que la clause de remboursement anticipé est la disposition contractuelle par laquelle les parties s'accordent sur une faculté, pour le débiteur d'une obligation de remboursement dont l'exécution est suspendue à l'arrivée d'un terme, d'anticiper son exécution. C'est donc ici le débiteur qui entend ne pas respecter le terme⁴⁰² et il s'agit alors pour lui, bien souvent emprunteur, de prévoir une faculté de rembourser avant la date prévue la somme prêtée, et non une modalité de l'exercice d'un droit par ailleurs institué.

218. Cette clause permet ainsi au débiteur de ne pas avoir à respecter le terme prévu pour la restitution, alors même que le créancier y aurait un intérêt. En effet, s'il est prévu que le terme est présumé stipulé en faveur uniquement du débiteur⁴⁰³, ce dont il découle qu'il peut y renoncer en tant que faveur qui lui est accordée⁴⁰⁴, on sait aussi que le créancier peut y avoir un intérêt, ce que la loi prévoit également⁴⁰⁵; et, en ce cas, il est interdit au débiteur d'anticiper le terme, la durée prévue initialement étant obligatoire tant pour le créancier que pour lui, sauf disposition légale particulière ou clause en ce sens.

219. Des dispositions légales existent bien, nous l'avons vu, instituant un droit de sortie anticipé au profit du débiteur consommateur⁴⁰⁶. À l'inverse, la loi prévoit parfois l'interdiction de tout remboursement anticipé, par une inversion de la présomption instituée par l'article 1187 du Code civil, comme en matière d'emprunt obligataire si le contrat d'émission ne le prévoit pas⁴⁰⁷. Lorsque la loi ne le précise pas, il relèvera de l'office du juge de savoir si le terme est également stipulé dans l'intérêt du créancier⁴⁰⁸. Le cas échéant, lorsque le prêt est à durée déterminée et le terme prévu dans l'intérêt des

⁴⁰² Comp. C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 421, p. 361 : « *Alors que la mise en application de la clause de libération anticipée est déclenchée par l'expression de la volonté de son bénéficiaire, le jeu de la clause de déchéance du terme s'impose de force au débiteur* ».

⁴⁰³ Article 1187 du Code civil.

⁴⁰⁴ C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 407, p. 344 et les références employées.

⁴⁰⁵ Article 1187 du Code civil, *in fine*.

⁴⁰⁶ *Cf. supra*.

⁴⁰⁷ Article 228-75 du Code de commerce. V. ég., dans un autre domaine, l'article L. 511-28, alinéa 1^{er}, du même code : « *Le porteur d'une lettre de change ne peut être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance* ».

⁴⁰⁸ V. surtout Cass. req., 21 avr. 1896, *D. P.* 1896, 1, p. 484, rapport F. VOISIN ; *S.* 1897, 1, p. 481, note E. CHAVEGRIN.

deux parties, le débiteur doit alors disposer d'une faculté contractuelle s'il veut valablement exécuter son obligation par anticipation. Au moins un ancien arrêt affirme la solution avec clarté⁴⁰⁹, de même que la majorité de la doctrine⁴¹⁰.

220. Si nous n'avons pu trouver trace de la solution dans la jurisprudence récente, c'est essentiellement selon nous parce que la pratique s'est développée d'insérer quasi systématiquement une clause de remboursement anticipé, prévoyant non seulement un droit d'exécution anticipée pour l'emprunteur, mais surtout le versement d'une indemnité au profit du créancier ; et nous verrons que le contentieux porte à l'heure actuelle sur ce point⁴¹¹.

221. Il convient enfin de remarquer que la faculté octroyée par le contrat n'est en général pas subordonnée à la survenance d'un quelconque événement. La validité d'une telle disposition contractuelle n'est alors pas remise en cause dans la mesure où il s'agit d'une exécution anticipée au moins partiellement satisfaisante⁴¹², avec paiement d'une indemnité.

§4 Les clauses de sortie d'un groupement

222. Ces clauses méritent un traitement singulier pour au moins deux raisons : tout d'abord, la relation entre les parties est ici « perturbée » car le contrat en question crée une tierce personne, le groupement, dont l'intérêt est nécessairement distinct de celui de ses membres ; ensuite, le contrat est collectif, c'est-à-dire qu'il contient bien souvent plus de deux personnes. Ceci peut alors conduire, lorsque le nombre de contractants est très important, à la conclusion d'accords annexes, entre certains contractants – importants – seulement ; et ces pactes contiennent bien souvent des clauses organisant non seulement la sortie de la relation contractuelle instituée par ledit pacte, mais également celle du contrat créateur du groupement.

⁴⁰⁹ Cass. req., 21 avr. 1896, précité.

⁴¹⁰ V. not. P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012, n° 937, p. 548 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012, p. 175 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2011, p. 471. *Contra* : J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, n° 22550, p. 1025.

⁴¹¹ Cf. *infra*.

⁴¹² La satisfaction du créancier devra être appréciée au regard du contenu du remboursement anticipé : si la fraction de capital non encore remboursé doit toujours être remboursée, il faudra bien prévoir, lorsque cela est possible – c'est-à-dire lorsque le droit de la consommation n'est pas applicable au contrat de prêt –, le paiement des intérêts non échus. En ce cas, l'exécution, fût-elle anticipée, peut être plus ou moins satisfaisante suivant la variation du taux d'intérêt et donc le emploi que peut en faire le prêteur.

223. À ce titre, nous envisagerons successivement la clause d'exclusion (*A.*), la clause de retrait (*B.*).

*A. La clause d'exclusion d'un groupement*⁴¹³

224. Il s'agit de la clause par laquelle les membres d'un groupement – société, association... *etc.* – prévoient que l'un d'entre eux pourra en être exclu en cas de survenance de certains événements déterminés. Lorsque le groupement est une société, la qualité de membre étant liée à la propriété de parts sociales, il sera en principe⁴¹⁴ procédé à leur rachat par les autres membres suivant les modalités que la clause peut envisager⁴¹⁵ ; c'est pourquoi cette clause et souvent nommée *clause de rachat forcé* en droit des sociétés⁴¹⁶. En droit des associations, la clause est souvent traitée au titre du pouvoir disciplinaire du groupement, lequel peut prévoir des incriminations sanctionnant, par l'exclusion, les agissements fautifs d'un sociétaire : elle est alors nommée clause d'incrimination ou de radiation. Quoiqu'il en soit de ces distinctions terminologiques, l'exclusion d'un membre d'un groupement constitue, à n'en pas douter, une sortie imposée de la relation contractuelle à son égard⁴¹⁷.

225. L'utilité de cette clause repose sur la possibilité ainsi créée au profit des associés d'une société, ou des sociétaires d'une association, d'exclure l'un d'eux alors

⁴¹³ V. notamment J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, V° Clause d'exclusion, n° 640 et s., p. 376 et s., par D. PORACCHIA ; J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *Rev. sociétés* 1999, p. 535 ; J.-J. DAIGRE, N. METAIS et V. TANDEAU de MARSAC, *Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées*, *Act. prat.* 1999, n° 43, p. 5 et s. ; S. DARIOSECQ et N. METAIS, *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 908 ; G. DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *LPA* 24 juill. 1995, n° 88, p. 11 et s. ; M. GERMAIN et P.-L. PERIN, *L'exclusion statutaire des associés de SAS*, *Bull. Joly sociétés* 2010, p. 1016 ; Adde, M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, *Bibl. dr. priv.* T. 303, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier, spéc. n° 656 et s., p. 275 et s. ; M. GERMAIN, *La renonciation aux droits propres des associés : illustrations*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF-Dalloz-JurisClasseur, 1999, p. 401 et s., spéc. p. 411 et s. ; J. GRANOTIER, *L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ?*, *JCP éd. G* 2012, n° 22, 653..

⁴¹⁴ On peut également envisager l'annulation des parts sociales résultant d'une réduction du capital.

⁴¹⁵ Sur la question de l'évaluation du prix des parts cédées, *cf. infra*.

⁴¹⁶ On distingue parfois les clauses d'exclusion *stricto sensu* des clauses de rachat : les premières sont contenues dans les statuts et prévoient le prononcé de l'exclusion par un organe social ou la collectivité des membres ; les secondes sont conclues dans le cadre de pactes d'actionnaires, en dehors donc des statuts, et contiennent un engagement de vendre consenti par l'associé au profit d'un ou plusieurs autres associés, en cas de survenance d'un événement déterminé. Comme le relève alors un auteur, « *les premières ont pour objet premier d'exclure un associé ou de lui permettre de se retirer, et pour effet second le rachat de ses titres ; les secondes ont pour objet premier la vente ou l'achat des titres et pour effet second le départ d'un associé* » (J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *art. cit.*). V. pour une illustration de la distinction : CA Paris, 18 oct. 2005, *JurisData* n° 2005-291032 ; T. com. Paris, 17 oct. 2006, *Dr. sociétés* 2007, comm. 137, note H. HOVASSE.

⁴¹⁷ V. également, en ce qui concerne l'exclusion d'un membre d'un GIE, *Memento Sociétés commerciales*, F. Lefebvre, 2011, n° 97220, p. 1578.

même que la loi n'offre que peu de possibilités⁴¹⁸. Le droit d'un associé de rester dans la société, de conserver ses parts sociales, constitue en effet un principe impératif dans la mesure où cela relève du droit fondamental de propriété⁴¹⁹; de sorte que la loi, hormis quelques hypothèses exceptionnelles⁴²⁰, n'a pas prévu de cas d'exclusion. Toutefois, la faculté de prévoir de telles dispositions est bien énoncée pour certaines formes sociales, comme pour la société par actions simplifiées⁴²¹, la société à capital variable⁴²² ou encore les sociétés d'exercice libéral⁴²³ ou la société européenne⁴²⁴.

226. De manière plus pragmatique, la clause d'exclusion préserve ainsi l'intérêt du groupement en ce qu'elle lui permet « *de définir à travers elle des comportements et/ou des situations dans lesquelles la société ou l'association a les moyens de faire sortir du groupement un associé ou un sociétaire devenu indésirable* »⁴²⁵. C'est pour cela que se développent les clauses d'exclusion, y compris donc en dehors des sociétés visées par la loi, lesquelles dispositions se retrouvent fréquemment insérées dans les statuts d'une société à responsabilité limitée, d'une société anonyme ou d'une association par exemple. Sur le fondement de la liberté contractuelle dont est empreint, comme tout contrat, le pacte social ou associatif, leur validité a été reconnue par la jurisprudence⁴²⁶.

⁴¹⁸ Il faut avant tout souligner l'impossibilité pour le juge d'exclure un associé, la dissolution restant la seule porte de sortie : CA Versailles, 17 oct. 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 283, note A. COURET, *RJDA* 1992, n° 42 ; CA Montpellier, 17 déc. 1992, *RJDA* 1993, n° 221 ; *JCP éd. E* 1993, I, p. 215, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; CA Paris, 31 mai 1996, *RJDA* 1996, n° 1048 ; Cass. com., 12 mars 1996, *Dr. sociétés* 1996, comm. 96, obs. Th. BONNEAU ; *JCP éd. E* 1996, II, 831, note Y. PACLOT ; *JCP éd. E* 1996, pan. act., 426, note Th. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 584, § 207, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1996, p. 554, note D. BUREAU ; *D.* 1997, p. 133, note T. LANGLES ; *RTD civ.* 1996, p. 897, note J. MESTRE. V. à ce sujet R. POESY, *Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée*, *RJ com.* 2001, p. 159. De même, l'assemblée des associés ne saurait valablement exclure l'un d'entre eux en l'absence de prévision légale ou statutaire : v. par ex. CA Paris, 21 déc. 1983, *Dr. sociétés* 1984, n° 74.

À l'inverse, en matière d'association, il est admis que le groupement, en l'absence de clause d'incrimination, peut demander l'exclusion d'un membre sur le fondement de l'article 1184 du Code civil : v. CA Aix-en-Provence, 23 nov. 1904, *DH* 1905, 2, p. 121, note M. PLANIOL ; Cass. req., 22 déc. 1920, *S.* 1922, I, p. 369, note R. MOREL ; T. civ. Seine-Inf., 4 avr. 1927, *DH* 1927, 2, p. 164, note R. BEUDANT.

⁴¹⁹ Il s'agit là d'une différence fondamentale entre la société et l'association, susceptible selon nous de justifier que la résolution judiciaire ne soit pas envisageable dans la première alors qu'elle est possible dans la seconde.

⁴²⁰ Par ex. en cas de défaut de libération des sommes restant à verser sur le montant des actions souscrites par l'associé d'une société anonymes (article L. 228-27 du Code de commerce). V., pour un recensement, J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, n° 834.

⁴²¹ V. les articles L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce.

⁴²² V. l'article L. 231-6 du Code de commerce.

⁴²³ V. l'article 21, alinéa 2 de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990.

⁴²⁴ V. les articles L. 229-12 et L. 229-13 du Code de commerce.

⁴²⁵ J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 640.

⁴²⁶ V. surtout, en droit des sociétés, Cass. com., 13 déc. 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 384, *JCP éd. E* 1995, II, n° 705, note Y. PACLOT ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, note P. LE CANNU. V. encore Cass. com., 8 mars

227. La clause d'exclusion doit bien entendu répondre aux exigences communes à toutes les conventions, adaptées à la nature des clauses qui nous occupent, tel le consentement du membre à la possibilité d'exclusion : ceci implique, tout d'abord, qu'elle doit être insérée dans les statuts d'origine⁴²⁷ ou adoptée postérieurement à l'unanimité⁴²⁸. À ce propos, pour ce qui est des sociétés et sans traiter de la méfiance qu'elles suscitent, la validité même de la clause d'exclusion prévue dans un pacte extrastatutaire est sujette à discussion. La jurisprudence, tout d'abord, a tendance à priver d'efficacité une telle disposition⁴²⁹. La doctrine, ensuite, semble partagée⁴³⁰. Nous avons pourtant du mal à accepter l'idée qu'une disposition claire et consentie par les protagonistes soit dépourvue d'effet parce qu'incluse dans un pacte extrastatutaire ; cela dit, la principale difficulté réside alors dans l'articulation entre l'existence d'une hypothèse d'exclusion valablement prévue entre plusieurs associés et sa mise en œuvre par la collectivité ou son représentant : « *de telles clauses ne peuvent avoir d'effet sur le fonctionnement interne des organes sociaux, seuls les statuts ayant compétence à cet effet. Dès lors, même à supposer une acceptation expresse de la société, les organes sociaux ne pourraient trouver*

2005, *Bull. civ.*, IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. LIENHARD ; *JCP éd. E* 2005, 1171, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patr.* 2005, n°, 143, p. 91, obs. D. PORACCHIA.

⁴²⁷ V. pour une association, au moins implicitement, Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1972, *JCP* 1972, II, 17285, note R. LINDON ; *RTD civ.* 1973, p. 144, obs. G. CORNU. V. encore : CA Besançon, 23 mai 1995, *JurisData* n° 1995-051261 : le défendeur soulevait en l'espèce un défaut de qualité et d'intérêt à agir en contestant la qualité d'adhérent de certains demandeurs, au motif semble-t-il qu'ils auraient été exclus de plein droit en raison du non paiement de la cotisation ou de leur adhésion à une autre association. Ce raisonnement n'est pas retenu par les juges, relevant que les « *statuts ne prévoyaient aucune clause d'exclusion de plein droit pour les adhérents qui ne sont pas à jour dans le versement de leurs cotisations* » et que « *le fait que les demandeurs soient devenus membres d'une autre association de commerçant n'entraînait nullement, selon les statuts en vigueur, leur exclusion de [l'association]* ».

⁴²⁸ *Contra* : Y. PACLOT, note sous CA Versailles, 2 mai 1989, *JCP éd. E* 1995, II, 705. L'unanimité est requise en ce que la clause apporte un risque, une sérieuse restriction au droit de propriété et au droit propre de l'associé de rester dans le groupement (v. not. S. DARIOSECQ et N. METAIS, *art. cit.*, n° 61, L. JOBERT, *La notion d'augmentation des engagements des associés*, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 627, § 124). On doit d'ailleurs remarquer que, lorsque la loi prévoit une telle possibilité pour les associés, il est précisé que la clause devra être insérée sous l'effet de leur volonté unanime : v. par ex. l'article L. 227-19 du Code de commerce relatif à la société par actions simplifiée. La jurisprudence nous semble discrète à ce sujet : v. tout de même, exigeant l'unanimité, T. com. Paris, 12 juin 1972, *Bull. Joly Sociétés* 1973, p. 324, § 140 et T. com. Paris, 24 nov. 1980, *Bull. Joly Sociétés* 1980, p. 701, § 366 (rendues à propos de l'absorption d'une société anonyme de type classique par une société anonyme à capital variable dont les statuts contenaient une faculté d'exclusion) ; v. ég. CA Versailles 24 févr. 2005, *JurisData* n° 2005-266293 (unanimité requise pour la transformation d'une société anonyme en société par actions simplifiée, notamment car les statuts de cette dernière peuvent contenir une clause d'exclusion de nature à fortement restreindre les droits des associés). Comp. CA Paris, 27 mars 2001 : *JurisData* n° 2001-149860, relevant la nécessité de l'accord unanime des associés, car en l'espèce ladite clause permettait l'exclusion d'un associé en cas d'exercice d'une activité concurrente et déloyale ; cette clause, qui portait restriction à la liberté de pratiquer le commerce et de travailler de l'associé, a été logiquement envisagée comme une augmentation de son engagement d'associé.

⁴²⁹ Com. 8 févr. 1982, *Bull. Joly Sociétés* 1982, p. 970.

⁴³⁰ Pour la validité de telles stipulations, v. S. DARIOSECQ et N. METAIS, *art. cit.*, *loc. cit.* ; H. HOVASSE, note précitée sous T. com. Paris, 17 oct. 2006 ; contre, v. J.-P. STORCK, *La validité des conventions extrastatutaires*, *D.* 1989, chron. p. 287 ; J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *art. cit.*, *loc. cit.*

compétence pour exclure un associé dans un pacte extrastatutaire »⁴³¹. Il ne reste alors que la possibilité de s'engager dans une promesse de vente, contenue dans un pacte d'actionnaires, sans prononcé « officiel » d'une quelconque exclusion par la collectivité des associés ou un autre organe social⁴³².

228. Ensuite, l'exigence du consentement implique encore qu'elle soit expressément prévue en tant que disposition relativement exorbitante⁴³³. De plus et surtout, les événements dont la survenance est susceptible d'entraîner l'exclusion de l'associé doivent être correctement définis⁴³⁴, clairement liés à la protection de l'intérêt social et conforme à l'ordre public⁴³⁵. Le cas échéant, la clause sera en principe interprétée strictement⁴³⁶. Sans que cette liste soit exhaustive, il peut tout d'abord s'agir de l'inexécution par un associé des obligations que lui imposent sa qualité, comme la violation des statuts ou, plus généralement, la commission d'actes portant préjudice à l'intérêt social⁴³⁷ ; ce peut également être l'atteinte à un élément nécessaire et essentiel au maintien de son statut d'associé, comme la cessation des fonctions de l'associé au sein de la société⁴³⁸ ou la perte d'une certaine qualité⁴³⁹ ; il peut encore être prévu que l'associé personne morale pourra être exclu en raison d'un changement dans sa personne ou sa situation, comme une mutation sociale, une modification du contrôle de son capital, un changement de dirigeant(s) ou une évolution négative de sa situation financière⁴⁴⁰ ; la clause peut également envisager l'exclusion d'un associé, obligé donc de céder ses parts,

⁴³¹ J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit., loc. cit.

⁴³² V. pour un exemple T. com. Paris, 17 oct. 2006, précité.

⁴³³ Cf. *infra*. V. toutefois, reconnaissant la possibilité d'une « *volonté tacite* » sur l'exclusion d'un associé franchiseur du capital d'un distributeur en cas de résiliation des relations contractuelles de distribution, eu égard à l'existence d'« *un ensemble contractuel indivisible* » : CA Grenoble, 16 sept. 2010, *JCP éd. G* 2011, 273, note P. MOUSSERON ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 125, note M.-L. COQUELET. V. déjà, Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, *Bull. civ.*, I, n° 254 ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 572, note P. RUBELLIN ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 25, obs. R. MORTIER ; *JCP éd. E* 2009, 1767, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER. Il s'agit ici de donner plein effet à la notion d'« *ensemble contractuel indivisible* », sur laquelle cf. *infra*.

⁴³⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24^{ème} éd., 2011, n° 760, p. 411.

⁴³⁵ V. en ce sens Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.*, IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. LIENHARD ; *JCP éd. E* 2005, 1171, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patr.* 2005, n° 143, p. 95, obs. D. PORACCHIA. V. également, relevant la nécessité de fonder l'exclusion sur des causes objectives et un motif conforme à l'intérêt social, J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit.

⁴³⁶ V. par ex. CA Paris, 14 déc. 2004, *JurisData* n° 2004-264813 ; *RTD com.* 2005, p. 355, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

⁴³⁷ V. en ce sens J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 644, p. 370.

⁴³⁸ Ces fonctions peuvent s'exercer dans le cadre d'un contrat de travail ; ce peut également être l'accomplissement d'un mandat social : v. par ex. CA Paris, 26 janv. 2010, *JurisData* n° 2010-001819 ; *Bull. Joly société* 2010, p. 445, note A. COURET.

⁴³⁹ On pense ici aux sociétés constituées entre professionnels exerçant exclusivement un certain type d'activité.

⁴⁴⁰ V. par ex. Cass. com., 8 mars. 2005, précité. La jurisprudence considère en effet que la société n'est pas un « *contrat en cours* » au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce.

en cas de sortie d'un autre associé, de détention par un associé d'une certaine proportion du capital⁴⁴¹, ou en cas de situation de blocage⁴⁴². Enfin, la faculté prévue peut opportunément viser, dans le même sens – celui de la pérennité de la société – l'exclusion de l'associé demandant la dissolution de la société en raison d'une mésentente⁴⁴³.

229. En définitive, la principale limite, outre celle de l'imagination des rédacteurs de statuts, réside dans la nécessité de ne pas abandonner la réalisation de l'évènement conditionnant à l'arbitraire des organes de la société, sous peine selon nous d'encourir le grief invalidant de potestativité⁴⁴⁴ : fût-ce le fruit de ce que l'on peut voir comme une certaine fiction juridique, la société est un engagement à durée déterminée⁴⁴⁵ ; le terme de l'engagement de l'associé doit donc être respecté, ce qui implique que l'on ne peut stipuler une faculté d'exclusion qui permettrait son éviction arbitraire, à tout moment, sans raison légitime au regard de l'intérêt social. Une disposition permettant l'exclusion d'un associé à tout moment sans fourniture d'aucune raison n'est pas tolérable, puisque son engagement d'associé n'en serait alors pas un⁴⁴⁶. Si nous n'avons pu trouver trace en jurisprudence de cette problématique concernant les clauses d'exclusion *stricto sensu*, insérées dans les statuts, il existe tout de même quelques décisions en matière d'engagement de céder les parts sociales prévu dans un pacte d'actionnaires. Le contentieux dont il est question se concentre d'ailleurs sur un type d'engagement : celui pour l'associé partie au pacte de céder les parts acquises en cas de cessation de ses fonctions au sein de la société. Un rapprochement peut alors être fait avec la clause, incluse dans un contrat de prêt entre l'employeur et son salarié, prévoyant la déchéance

⁴⁴¹ Il peut alors s'agir de ce que l'on nomme la clause d'entraînement ou *drag along*, obligeant les associés minoritaires à céder leur participation à un tiers acquérant par ailleurs une forte majorité du capital. Cela permet aux associés majoritaires de vendre leurs titres à un tiers désirant acquérir la totalité du capital, et aux minoritaires de profiter des conditions d'achat offertes aux majoritaires. V. en dernier lieu X. VAMPARYS, *Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires*, Bull. Joly Sociétés, 2005 n° 7, p. 820 et s. On peut rapprocher cette clause de la procédure de *squeeze out*.

⁴⁴² Cette clause peut également être nommée clause *buy or sell* lorsqu'elle consiste en un mécanisme de promesses unilatérales d'achat et de vente croisées contenues dans un pacte d'actionnaires. V. en dernier lieu J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., V° Clause *buy or sell* par B. BRIGNON, n° 209 et s., p. 139 et s. et les références employées.

⁴⁴³ Les associés peuvent, à l'inverse, prévoir des causes statutaires de dissolution de la société. C'est alors une clause de sortie pour le moins radicale, car il s'agit d'anéantir l'ensemble de la relation contractuelle multipartite ; ce qui explique qu'elle est très peu usitée, dans la mesure où l'intérêt des associés est bien souvent la pérennité de la société. V. en ce sens Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2003, n° 76

⁴⁴⁴ V. en ce sens J.-J. DAIGRE, art. cit., loc. cit.

⁴⁴⁵ Article 1835 du Code civil.

⁴⁴⁶ D'ailleurs, l'article L. 227-16 du Code de commerce, prévoyant la possibilité de stipuler dans les statuts d'une société par actions simplifiée une faculté de rachat forcé, précise bien que celui-ci aura lieu « dans les conditions » que déterminent lesdits statuts.

du terme en cas de cessation des fonctions de ce dernier⁴⁴⁷. Cependant, plusieurs points méritent d'être précisés.

230. D'une part, concernant la clause de déchéance – et de manière générale toutes les clauses qui nous occupent –, on peut relever l'existence d'une obligation pour l'employeur – certes créancier de l'obligation de restitution – de respecter le terme du contrat, ce qui permet de le qualifier de débiteur de cette obligation alors conclue sous la condition résolutoire qu'il se produise un certain événement⁴⁴⁸. Partant, l'article 1174 du Code civil interdit en principe à l'employeur d'avoir un pouvoir arbitraire sur la réalisation de cet événement. En revanche, pour ce qui est de l'engagement pris par l'associé de céder ses parts sociales en cas de survenance d'une situation déterminée, l'obligation de l'associé bénéficiaire de respecter le terme de l'engagement du promettant nous semble beaucoup plus diffuse, du fait du caractère institutionnel de la société⁴⁴⁹ ; surtout lorsque la faculté de sortie est en définitive prévue à travers une promesse de vente unilatérale contenue dans un pacte d'associés.

231. D'autre part, alors qu'il est certain que l'employeur dispose du pouvoir de mettre fin au contrat de travail, la cessation des fonctions de l'associé ne dépend pas forcément de la volonté du ou des associés à qui il a promis de céder ses titres mais de celle de la société, tiers à la promesse, par l'intermédiaire d'une décision de ses organes. Il peut de toute façon encore être soutenu, comme en matière de contrat de travail, que si la société dispose du pouvoir de mettre fin aux fonctions de l'associé, cela ne saurait nécessairement confiner à la potestativité illicite, dans la mesure où la présence au sein de l'entreprise à une date donnée ne dépend pas de la seule volonté du débiteur, l'associé pouvant bien démissionner avant le terme ; de même, à supposer que la cessation intervienne du fait de la société, son effectivité peut être subordonnée à un contrôle échappant à la seule volonté du débiteur.

232. C'est pourquoi certaines décisions, tout en ne rejetant pas formellement la qualification de condition, ne retiennent pas pour autant l'existence et l'usage d'un pouvoir arbitraire inadmissible⁴⁵⁰. On perçoit alors toute la difficulté : cet organe, du fait

⁴⁴⁷ Cf. *infra*.

⁴⁴⁸ Cf. *infra*.

⁴⁴⁹ V. en ce sens, regrettant que « l'aspect sociétaire » ne soit parfois pas pris en compte, B. DONDERO, note sous Cass. com., 19 janv. 2010, *Gaz. Pal* 21 avr. 2010, p. 19.

⁴⁵⁰ V. par ex. CA Toulouse, 23 nov. 2006, *JurisData* n° 2006-328674; CA Versailles, 2 oct. 2008, RG n° 07/03559 ; CA Versailles, 31 mars 2010, RG n° 09/07820.

de sa composition, peut être « maîtrisé » en fait par l'associé bénéficiaire. Il nous semble alors que le pouvoir institué peut confiner à la potestativité intolérable, voire à la fraude⁴⁵¹ : l'exclusion d'un associé à la suite de la cessation de ses fonctions, qu'elle soit la conséquence d'une clause statutaire ou d'une promesse contenue dans un pacte d'associés, doit pouvoir être remise en cause en certains cas.

233. C'est dire tout d'abord, qu'il convient de se méfier particulièrement de la clause qui permettrait l'exclusion d'un associé lorsque celui-ci est un mandataire révocable *ad nutum* par l'effet de la loi⁴⁵² ou du pacte social⁴⁵³. En effet, l'associé peut alors être exclu de la société – directement par le prononcé d'une exclusion ou indirectement par la mise en œuvre de son obligation de céder ses titres – à tout moment : que vaut alors son engagement à durée déterminée d'associé si, par le seul effet d'une volonté injustifiée des autres associés, celui-ci peut prendre fin à tout moment ? D'ailleurs, la jurisprudence sanctionne les clauses qui, en définitive, conduisent à restreindre la faculté de révocation *ad nutum* lorsque celle-ci est impérative⁴⁵⁴ ; ce qui peut être le cas de la majorité des clauses d'exclusion puisqu'elles impliquent le remboursement de la valeur de ses titres sociaux à l'associé évincé : ce montant peut venir décourager l'organe compétent de révoquer le mandataire. C'est alors, paradoxalement, la faculté de le révoquer *ad nutum* de ses fonctions de dirigeant qui va venir « sauver » son droit propre de demeurer associé.

234. Ensuite, en tous les cas et particulièrement lorsqu'il existe un risque d'arbitraire, la mise en œuvre de la clause doit également être contrôlée⁴⁵⁵ et doit pouvoir alors être paralysée si la mauvaise foi a animé la ou les personnes responsables de la

⁴⁵¹ V. en ce sens M. GERMAIN et P.-L. PERIN, *L'exclusion statutaire des associés de SAS*, art. cit., n° 10.

⁴⁵² V. par exemple les articles L. 225-18, alinéa 2, L. 225-47, alinéa 3, et L. 225-75, alinéa 2 du Code de commerce concernant respectivement les membres du conseil d'administration, son président et les membres du conseil de surveillance.

⁴⁵³ On pense ici au dirigeant d'une société par actions simplifiée, puisque les statuts peuvent prévoir qu'il sera révocable *ad nutum* ou pour de justes motifs. V. les articles L. 227-5 et L. 227-6 du Code de commerce.

⁴⁵⁴ V. par ex. Cass. com., 7 févr. 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 58. V. encore récemment Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22.845, à paraître au *Bulletin*, D. 2013, p. 1270 et p. 2319, note B. DONDERO ; *JCP éd. E* 2013, 1491, note M. ROUSSILLE ; *Rev. sociétés* 2013, p. 566, note B. SAINTOURENS.

⁴⁵⁵ V. de manière générale, Cass. com., 21 oct. 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 281 ; *RJDA* 1998, n° 67, p. 41 ; *Bull. Joly sociétés* 1998, § 10, note P. LE CANNU. Pour un exemple, plus particulièrement, du contrôle des circonstances de la cessation des fonctions qu'un associé exerce dans la société, entraînant la mise en œuvre de son engagement de céder ses titres, v. CA Versailles, 15 mai 2008, RG n° 07/02259. Sur l'exigence de bonne foi dans la mise en œuvre de la faculté, cf. *infra*. Rapp. également CA Versailles, 29 oct. 2009, n° 08/04584, *RJS* 2010, p. 400 (clause prévoyant que l'acquisition de droits d'option attribué à un salarié ou un mandataire de la société se réalisera progressivement à chaque date anniversaire de l'attribution, à la condition que le bénéficiaire soit toujours présent à cette date).

cessation des fonctions de l'associé exclu. Ainsi, à l'instar de ce qui est parfois décidé en matière de déchéance du prêt personnel consenti par un employeur à l'un de ses salariés⁴⁵⁶, les conditions de la clause doivent être réputées non accomplies si leur survenance a été provoquée. Plus précisément, il convient de remettre en cause l'exclusion d'un associé chaque fois que la cessation de ses fonctions a été décidée abusivement, de manière injustifiée ou exercée sans droit, c'est-à-dire lorsque le risque d'arbitraire s'est finalement concrétisé ; et si la théorie de la condition n'est pas applicable, en l'absence de véritable modalité de l'obligation, la sanction de l'absence de bonne foi doit être appliquée⁴⁵⁷.

235. Pour finir, il nous reste à évoquer cette particularité de la clause d'exclusion *stricto sensu*, induite de la nature institutionnelle de la société : la prévision d'une procédure d'exclusion. Cela implique, d'une part, que l'organe compétent pour prononcer l'exclusion soit désigné. Ce peut être le gérant de la société⁴⁵⁸ conseil d'administration⁴⁵⁹ ou encore l'assemblée générale, étant alors précisé que l'associé objet de la procédure ne saurait être privé pour autant de son droit de vote : la clause qui prévoirait en ce cas la non-participation de l'associé à la prise de décision sera réputée non écrite et la délibération sociale adoptée, en méconnaissance donc des dispositions de l'article 1844 du Code civil, doit être annulée⁴⁶⁰. De plus, l'associé doit avoir été à même d'être entendu sur les faits qui lui sont le cas échéant reprochés, le principe du contradictoire devant être

⁴⁵⁶ V. par ex. Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 96-45.138, *inédit* ; CA Grenoble, 15 déc. 1999, précité ; CA Paris, 25 janv. 2001, précité ; CA Montpellier, 2 févr. 2005, *JurisData* n° 2005-281914 ; CA Paris, 14 sept. 2007, *JurisData* n° 2007-342001. Ces décisions font référence à l'absence de bonne foi de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail ; on ne peut toutefois s'empêcher d'y voir une – heureuse – application de l'article 1178 du Code civil, « pendant de l'article 1134, alinéa 3 de ce même code dans le microcosme de la théorie de la condition » (M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats, op. cit.*, n° 338, p. 245) : l'employeur ne peut se prévaloir de la disposition car c'est lui qui en a provoqué l'accomplissement. Sur la question, *cf. infra*.

⁴⁵⁷ *Cf. infra*.

⁴⁵⁸ Cass. com., 20 mars 2012, *JCP éd. E* 2012, 1569, comm. J.-P. GARÇON.

⁴⁵⁹ Sauf exceptions prévues par la loi, comme par exemple en matière de sociétés à capital variable : article L. 231-6, alinéa 2 du Code de commerce. V. sur ce point et sur un éventuel « problème de hiérarchie des normes » : J. GRANOTIER, *L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ?*, *art. cit.*, spéc. n° 5.

⁴⁶⁰ Cass. com., 23 oct. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 225 ; *Rev. sociétés* 2007, p. 814, note P. LE CANNU, *RLD aff.* 2008/23, n° 1369, obs. H. GUYADER ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 101, note D. SCHMIDT ; *D.* 2008, p. 47, note Y. PAULOT ; *JCP éd. E* 2007, 2433, note A. VIANDIER ; *JCP éd. E* 2008, 1280, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *RTDF* 2007, n° 4, p. 115, obs. D. PORACCHIA. V. depuis CA Montpellier, 5 janv. 2010, *JurisData* n° 2010-000303 ; CA Colmar, 18 janv. 2011, *JurisData* n° 2011-002991 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. n° 110, obs. M. ROUSSILLE. Cela remet alors en cause la possibilité d'exclure l'associé majoritaire ; toutefois, comme le relève des auteurs (D. PORACCHIA, obs. précitées et J. GRANOTIER, *art. cit.*, *loc. cit.*), des possibilités existent : les associés d'une société par actions simplifiées peuvent tout d'abord choisir de ne pas désigner l'assemblée générale comme organe compétent pour la décision d'exclusion ; ils peuvent encore, par exemple, décider que pour l'assemblée chargée de l'exclusion, chaque associé ne disposera que d'une voix.

impérativement respecté en droit des sociétés comme en matière d'association lorsqu'il s'agit de sanctionner un associé ou un sociétaire. À défaut, l'associé exclu pourrait obtenir des dommages et intérêts⁴⁶¹ et le sociétaire sa réintégration⁴⁶². Une dernière question se pose à ce sujet : peut-on prévoir une exclusion automatique, c'est-à-dire sans prononcé de l'exclusion par un quelconque organe social, ou à tout le moins, sans avoir à observer une quelconque procédure ?⁴⁶³ Si le respect du principe du contradictoire impose selon nous que l'exclu doit toujours pouvoir s'expliquer lorsqu'il s'agit de sanctionner un manquement qu'il aurait commis⁴⁶⁴, la prévision d'une exclusion de plein droit en cas de survenance d'un événement objectif – c'est-à-dire parfaitement indiscutable quant à sa réalité et aux circonstances de sa survenance –, nous paraît possible⁴⁶⁵. La jurisprudence a d'ailleurs déjà validé l'exclusion automatique d'un associé⁴⁶⁶.

236. Quant aux modalités techniques de la nécessaire indemnisation de l'exclu et de la perte de sa qualité d'associé, nous les aborderons au titre de la mise en œuvre du droit contractuel de sortie⁴⁶⁷.

B. La clause de retrait d'un groupement⁴⁶⁸

237. À la différence de la clause précédente, et comme son appellation l'indique, la clause de retrait – ou de *sortie* – implique la volonté du membre de groupement d'en

⁴⁶¹ Et non l'annulation de la délibération : Cass. com., 13 juill. 2010, *Bull. civ.*, IV, n° 129 ; *D.* 2010, p. 1868, obs. A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2010, comm. n° 200, obs. H HOVASSE ; *JCP éd. E* 2011, 1000, n° 3, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patr.* 2004, n° 126, p. 64, obs. D. PORACCHIA.

⁴⁶² Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Bull. civ.*, I, n° 496 ; *RTD civ.* 2007, p. 347, obs. J MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2007, p. 560, obs. M.-H. MONSERIE-Bon et L. GROSCLAUDE. Le sociétaire exclu ne saurait toutefois utilement se prévaloir des dispositions de l'article 6 §1 de la CEDH, inapplicables aux délibérations d'organes des groupements examinant la violation d'engagements contractuels : Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Bull. civ.*, I, n° 496 ; *RTD civ.* 2007, *idem* ; *RTD com.* 2007, p. 146, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 66, obs. F.-X. LUCAS.

⁴⁶³ V. ég., se posant la question, J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires, op. cit.*, n° 645, pp. 371-372.

⁴⁶⁴ En ce sens, semble-t-il, v. J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Cass. com., 8 mars 2008, précité. La situation objective consistait en la mise en redressement judiciaire de l'associé. V. ég. CA Paris, 12 avr. 1996, *JurisData* n° 1996-021980. La clause dont il est question dans cette dernière affaire nous semble plus contestable, car en l'occurrence l'événement conditionnant l'exclusion était la cessation du contrat de travail de l'associé, ce qui ne nous paraît pas objectivement incontestable. V. ég., pour la décision de radiation d'un sociétaire, sans mise en œuvre d'une procédure, en raison de l'extinction préalable d'un contrat nécessaire au maintien de cette qualité, Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 424 ; *JCP éd. G* 1997, II, 22815, note P. REIGNE ; *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 42, obs. L. LEVENEUR. Il s'agissait en l'espèce de donner plein effet à l'existence de liens indivisibles entre les composantes d'un ensemble contractuel. Cf. *infra*.

⁴⁶⁷ Cf. *infra*.

⁴⁶⁸ V. surtout J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire, art. cit.*, *loc. cit.* V. en dernier lieu W. DROSS, *Clausier, op. cit.*, V° Retrait, p. 672 et s.

sortir⁴⁶⁹ au moment de sa mise en œuvre. Cette clause lui permet alors de sortir du groupement en imposant le rachat de ses titres à la société ou aux autres associés.

238. En dehors de cette différence, certes fondamentale, la similitude avec la clause d'exclusion est parfois évidente puisque les événements conditionnant la naissance du droit de retrait peuvent être les mêmes⁴⁷⁰. Certaines dispositions contractuelles peuvent ainsi être qualifiées à la fois de clause d'exclusion ou de sortie : ainsi en est-il de la clause *buy or sell*⁴⁷¹, permettant à chacun des bénéficiaires d'imposer soit le rachat de ses parts par un autre associé soit la cession à son profit de la participation de ce dernier.

239. L'intérêt de la clause est tout aussi évident : permettre au bénéficiaire de se départir facilement de son engagement envers le groupement lorsqu'une situation compromettant son intérêt d'y demeurer survient, et alors même que son engagement est à durée déterminée, celle de la société ou de l'association par exemple⁴⁷². Il n'a ainsi pas à trouver d'acquéreur puisque le rachat de ses titres par un associé, ou leur annulation, est contractuellement organisé. La loi prévoit d'ailleurs des facultés de retrait pour certains types de groupement, comme la société civile⁴⁷³, la société civile professionnelle⁴⁷⁴ ou encore la société à capital variable⁴⁷⁵.

240. En dehors de la clause stipulée en vertu d'une autorisation légale ou qui organiserait une faculté légale, la validité d'une telle disposition statutaire est discutée en droit des sociétés, essentiellement pour deux raisons : l'obligation pour le membre de respecter le terme de son engagement, qui est celui prévu pour le groupement⁴⁷⁶, et l'interdiction de la variabilité du capital dans une société anonyme induite des

⁴⁶⁹ Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.*, n° 53, p. 98.

⁴⁷⁰ Non point par ce qu'il s'agit là de protéger le même intérêt : nous avons vu que l'exclusion est destinée à protéger l'intérêt social plus que celui de des membres, alors que l'associé exerce le retrait dans son intérêt ; mais bien parce que l'atteinte éventuelle à ces intérêts peut trouver son origine dans le même événement. Ainsi un changement affectant le contrôle ou la direction d'un associé personne morale important peut tout aussi bien porter atteinte au bon fonctionnement de la société qu'à l'intérêt de l'un de ses associés.

⁴⁷¹ Sur laquelle v. J. MESTRE, J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 209 et s., p. 139 et s.

⁴⁷² On peut également évoquer la faculté contractuelle de retrait d'un GIE, sur laquelle v. *Memento Sociétés commerciales*, F. Lefebvre, 2011, n° 97210, p. 1577.

⁴⁷³ Article 1869 du Code civil.

⁴⁷⁴ Article 18 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966.

⁴⁷⁵ Article L. 231-6, alinéa 1^{er}, du Code de commerce.

⁴⁷⁶ V. en ce sens J. MESTRE et D. VELARDOCCIO (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 838.

dispositions de l'article L. 231-1 du Code de commerce⁴⁷⁷. Cela dit, il nous semble que ces griefs peuvent être écartés par la prévision, d'une part, d'un événement correctement déterminé conditionnant la naissance du droit de retrait de l'actionnaire⁴⁷⁸ et, d'autre part, du rachat par les autres associés et non par la société⁴⁷⁹. En effet, tout d'abord, l'absence d'arbitraire doit permettre d'éviter une présomption de fraude à l'interdiction de la variabilité du capital⁴⁸⁰ ; ensuite, si la durée de l'engagement contractuel de l'associé postule qu'il ne puisse s'en départir sans raison, rien n'empêche selon nous qu'il ait un droit de sortie correctement causé, c'est-à-dire non discrétionnaire et censé anticiper une atteinte à son intérêt de contractant. C'est d'ailleurs, encore une fois, l'objet même des clauses de sortie.

241. On peut alors observer la fréquence des facultés de retrait, mais essentiellement contenues dans les pactes extrastatutaires et, de plus, sous la forme d'une promesse unilatérale d'achat⁴⁸¹. Il s'agit pour les associés parties au pacte de réguler la cession des titres de leur société. Ils peuvent dans ce cadre prévoir, par exemple, qu'un associé signataire du pacte – en général majoritaire – et qui serait bénéficiaire d'une offre d'achat de ses titres – ou d'une partie seulement – émise par un tiers, devra acquérir ou faire acquérir par ce tiers⁴⁸² les parts des autres signataires. Ces associés ont donc le droit de sortir en cas de modification de l'actionnariat, conjointement au principal actionnaire désirant céder ses titres, d'où son appellation de « clause de sortie conjointe » ou *tag along*. La clause peut également prévoir qu'un associé aura le droit de se retirer en cas de modification dans la direction de la société dont l'organisation est l'objet du pacte⁴⁸³ ou dans celle d'un autre associé signataire personne morale.

⁴⁷⁷ En ce sens, v. S. DE VENDEUIL, *Les Conseils de Fidal*, JCP éd. E 1993, pan., p. 326. V. également J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, art. cit., loc. cit. ; W. DROSS, *op. cit.*, p. 674 ; v. également, mais à propos de la seule clause d'exclusion, J. MESTRE et D. VELARDOCCIO (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, op. cit., n° 836.

⁴⁷⁸ V. en ce sens, concernant la variabilité du capital, J.-J. DAIGRE, art. cit., loc. cit. ; W. DROSS, *op. cit.*, loc. cit.

⁴⁷⁹ Ou un tiers que devra trouver la société : v. W. DROSS, *op. cit.*, loc. cit.

⁴⁸⁰ J.-J. DAIGRE, art. cit., loc. cit.

⁴⁸¹ V. not. à ce sujet M. HENRY et G. BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, 2^{ème} éd., 2003, n° 328. ; H. Le NABASQUE, P. DUNAUD et P. ELSEN, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, Actes pratiques, oct. 1992, n° 25 et s. ; X. VAMPARYS, *Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires*, Bull. Joly Sociétés, 2005 n° 7, p. 820 et s. ; B. DONDERO, *Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société*, Journal des Sociétés 2008, n° 53, p. 42 et s.

⁴⁸² Suivant la modalité choisie, il s'agira d'une promesse unilatérale d'achat ou d'une promesse de portefort. V. X. VAMPARYS, art. cit., n° 2 et n° 3.

⁴⁸³ V. par ex. Cass. 2^{ème} civ., 21 janvier 2010, Bull. civ., II, n° 21.

242. Enfin, encore une fois, puisque la sortie de l'associé est ici nécessairement liée à la cession de ses titres, celui-ci devra en percevoir la valeur aux conditions fixées ou, à défaut, suivant les modalités prévues à l'article 1843-4 du Code civil⁴⁸⁴.

Conclusion du TITRE 1

243. Afin de déterminer comment mettre valablement en place une faculté de sortie, il nous revenait, avant toutes choses, de s'intéresser à leur fonction. Nous pouvons désormais apporter une réponse à nos interrogations de départ : en prévoyant, dans leur contrat conclu pour une durée déterminée, une faculté de sortie, les parties entendent se prémunir contre une baisse de leur intérêt à voir la relation contractuelle perdurer ; et ce, en permettant à celui qui subit cette atteinte de quitter prématurément la sphère contractuelle.

244. Si elles doivent y procéder, c'est parce que de telles considérations ne sont en principe pas prises en compte : la force obligatoire du contrat s'oppose à la reconnaissance d'une faculté générale de sortie pour perte d'intérêt. En réalité, on l'a vu, des exceptions existent. Cependant, d'une part, elles ne concernent que certains types de contrats ou certaines circonstances concourant à la décision de s'évader ; d'autre part, elles ne relèvent bien souvent que de la considération d'un intérêt assez strictement appréhendé. Au contraire, les clauses de sortie permettent, dans la limite de l'imagination et de la capacité – ou de la volonté⁴⁸⁵ – de prévision des rédacteurs, d'intégrer des éléments qui sont par principe étrangers au caractère obligatoire, d'objectiver des considérations souvent éminemment subjectives.

245. L'aspect fonctionnel des clauses de sorties ayant été abordé, ce qui a d'ores et déjà permis de relever quelques limites à la possibilité de prévoir une faculté de sortie, il convient désormais de s'intéresser à la manière d'intégrer valablement cette prérogative dans le contrat : en étudiant la nature particulière des clauses de sortie, nous révélerons nécessairement d'autres limites apportées à la liberté contractuelle.

⁴⁸⁴ Cf. *infra*.

⁴⁸⁵ Il peut en effet être intéressant de rester ambiguë dans la stipulation, car cela peut être « *un atout considérable pour emporter le consentement des parties* » dans le cadre d'une négociation (W. DROSS, *Clausier, op. cit.*, 4^{ème} de couverture).

TITRE 2 Une nature commune

246. L'objectif d'une clause de sortie est de permettre à un contractant de « s'évader » de la relation, ou d'imposer la sortie à une partie, parce que son intérêt à l'exécution du contrat est atteint en raison de la survenance d'un événement déséquilibrant. Il est alors temps de se demander de quelle manière peut-on déterminer, au sein du contrat, un tel événement et les effets de droits qui s'y attachent : comment valablement stipuler une faculté de sortie susceptible d'être efficace ? Pour répondre à cette interrogation, on l'aura compris, il faut faire le lien entre la fonctionnalité de la clause et l'ensemble qui la contient : le contrat. Pour ne pas être dénuée d'effets, la volonté d'assortir des effets juridiques à la survenance d'un fait doit encore être concrétisée, et ce, bien entendu, correctement au regard de la norme créée entre les parties. C'est donc à ce stade qu'intervient la nature des clauses objets de notre étude : celle-ci doit répondre, de manière licite, à l'objectif envisagé.

247. Dans ce cadre, tout d'abord, peu importe que la clause porte en elle une certaine autonomie au regard du contrat. La faculté de sortie se distingue, certes, de l'opération portée par le contrat ; elle n'est d'ailleurs pas nécessaire à la réalisation de cette opération. Mais elle reste une clause du contrat : en tant que contenant de la faculté créée, la clause de sortie est une partie du contrat. Il n'y a alors rien d'étonnant à relever sa nature conventionnelle, et l'autonomie s'atténue ici en même temps que le lien entre le contenant et le contenu s'établit : la clause valable est avant tout celle qui est le *fruit d'un accord*, lequel se manifeste, généralement, au regard de l'entier contrat (**Chapitre 1**).

248. Ensuite, et surtout, c'est encore le lien entre la clause de sortie et le contrat qui la contient et unit les parties qui nous conduit à aborder un autre aspect de sa nature. La faculté est une partie au service de ce tout que représente le contrat, elle est en quelque sorte un instrument de cet instrument de gestion des risques pour les opérateurs économiques. Il s'agit de ce que certains ont pu nommer la « fonction complétive » de la clause⁴⁸⁶. Mais on ne peut nier pour autant la manière employée pour y parvenir : l'octroi d'une véritable prérogative, d'un *pouvoir*, ce qui participe indubitablement de sa nature. Ainsi, la clause de sortie valable est celle qui, au-delà de l'accord trouvé, contient une *potestativité licite* (**Chapitre 2**).

⁴⁸⁶ M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle*, art. cit., loc. cit.

Chapitre 1 Une nature conventionnelle, source de validité

249. Pour évident que cela puisse paraître, il faut le dire et le vérifier : les parties doivent s'accorder sur la clause de sortie. La clause puise donc sa validité de cet accord de volonté, lequel, qui plus est, n'appelle en principe aucune forme particulière. Nous verrons toutefois que, si, dans le prolongement de la liberté offerte aux parties qui contractent, le principe du consensualisme est de mise en cette matière, l'efficacité des clauses de sortie reste soumise à quelque forme (**SECTION 1**).

250. Il est en revanche plus original de relever que les contractants sont parfois obligés d'insérer une clause de sortie dans leur contrat. L'objectif, déjà relevé par ailleurs⁴⁸⁷, semble être la prise en compte légale de l'intérêt, particulier, d'un contractant qui mérite d'être protégé. La rareté d'un tel procédé légal mérite d'être soulignée et légitime les questionnements suivants : quels-sont ces contrats qui doivent obligatoirement prévoir une faculté de sortie ? Quelle-est l'efficacité, au regard de l'objectif de protection poursuivi, de cette méthode qui consiste à imposer, pour la validité du contrat lui-même, un accord de volonté sur une clause de sortie ? (**SECTION 2**).

SECTION 1 L'accord de volonté libre, source de validité de la clause

251. L'acceptation des éventuelles stipulations relatives à une sortie de la relation est en principe concomitante à celle des autres dispositions contractuelles : les conditions d'une éviction contractuelle seront prévues lors de la conclusion de la convention qui les renferme. L'étude de l'acceptation de telles stipulations s'inclut donc dans celle, « globale », du consentement au contrat et nous conduit alors à envisager le processus conduisant à l'accord de volonté (§1), avant d'aborder la réalité et l'intégrité de cette rencontre (§2).

§1 Le processus d'acceptation

252. S'il s'agit d'une relation contractuelle dont la naissance appelle d'intenses négociations, les futurs cocontractants porteront à n'en point douter une attention toute

⁴⁸⁷ Cf. *supra*.

particulière, compte tenu de leur finalité, à la rédaction de ces clauses de sortie (**A.**). À l'inverse, si l'on est en présence non plus d'un processus d'engagement caractérisé par la recherche d'un compromis, mais plutôt d'une adhésion à un contenu proposé par l'une des parties, ces stipulations ne feront, comme le reste de du contenu contractuel, l'objet d'aucune discussion ou presque. Le rôle du pouvoir apparaît alors déjà (**B.**).

A. La négociation des conditions contractuelles de sortie

253. Les contrats négociés, également appelés « contrats de gré à gré », sont ceux conclus à la suite d'une réelle discussion des cocontractants sur les termes de leur engagement. Les parties envisagent le futur de leur relation à travers l'exposé de leurs intérêts respectifs lors de la période dite « précontractuelle », aboutissant en principe à la rédaction en commun du contenu contractuel, traduction d'un compromis desdits intérêts, qui fixe l'équilibre initial de la relation⁴⁸⁸. Ce type de relation, apprécié sous l'angle du processus de formation, est celui qu'ont envisagé les rédacteurs du Code civil. Il était question d'un contrat construit de manière contradictoire ; s'il est vrai, en effet, que le Code civil ne contient aucune disposition relative à la négociation⁴⁸⁹, c'est-à-dire une construction bilatérale du contenu contractuel, l'engagement était, à n'en point douter, considéré comme un accord résultant « *d'une discussion entre deux partenaires également libres et dans la formation duquel les deux parties ont joué un rôle à peu près égal* »⁴⁹⁰ : le contrat « *était aménagé sur mesure* »⁴⁹¹, les parties coopérant à l'élaboration de ses clauses⁴⁹². Même si, sans trop anticiper sur la suite de l'étude⁴⁹³, cette conception « classique » de la formation des relations contractuelles est sûrement moins couramment employée pour décrire le processus d'engagement aujourd'hui⁴⁹⁴, il reste encore des

⁴⁸⁸ V. C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, T. 3 – Le contrat, Conditions de formation*, Économica, 6^{ème} éd., 2007, n° 262, p. 239.

⁴⁸⁹ V. en ce sens not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p. 231. Ceci s'explique notamment par « *le caractère généralement simple des opérations contractuelles qu'avaient en tête les rédacteurs du Code civil, contrats suffisamment simples pour que leur conclusion soit instantanée* » (J. CEDRAS, *L'obligation de négocier*, *RTD com.* 1985, p. 265, n° 9, qui explique ainsi la position de la doctrine classique sur l'absence d'obligation de négocier).

⁴⁹⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations, T. 1 Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n° 63, p. 58.

⁴⁹¹ L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD civ.* 1937, p. 8, n° 7.

⁴⁹² V. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 14, p. 19.

⁴⁹³ Cf. *infra* sur l'adhésion.

⁴⁹⁴ En ce sens V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^{ème} éd., 1993, n° 63, p. 44 ; V. ég. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *Bibl. dr. priv.* T. 132, LGDJ, 2^{ème} éd., 1976, préf. B. Goldman, n° 7, p. 10 ; et V. encore B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *Droit civil. Les Obligations. 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n° 153, p. 52 ; H., L., et J. MAZEAUD ET F. CHABAS, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. I. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, 1998, n° 87, p. 78.

hypothèses dans lesquelles les futurs partenaires négocieront au plus près les conditions du contrat, donc notamment une éventuelle faculté de sortie anticipée de la relation.

254. Il en est ainsi pour la conclusion des contrats impliquant une réelle coopération tels que les conventions portant sur des groupements d'entreprises ou *joint ventures*, groupement d'intérêt économique, et plus « simplement » encore le contrat de société, naturellement est-on tenté d'avancer étant donné les relations ainsi créées. Dans le même domaine, on doit encore citer les pactes extrastatutaires, engagements entre associés d'une société – en dehors donc des statuts – relatifs au fonctionnement de ladite institution. Il en est encore d'autres que nous examinerons plus précisément au cours de notre étude. Il convient toutefois de préciser, concernant la coopération inhérente à ce type de conventions, que celle-ci n'est pas un critère de distinction des contrats négociés de ceux qui ne le sont pas. Bien souvent, certes, les contrats qui ont été réellement négociés appellent, et ceci sera davantage visible lors de leur exécution, une collaboration étroite, au-delà bien-sûr de ce qui est de toute façon exigé pour toute relation contractuelle ; cela dit, sa présence ne suffit pas à caractériser l'existence d'un contrat qui aura été négocié.

255. La négociation du contrat, et plus précisément de certaines de ses clauses, aura lieu tout d'abord si la situation l'exige, autrement dit si d'éventuelles dispositions légales applicables ne sont pas suffisantes pour déterminer le régime des diverses obligations contractées ou si ce régime ne satisfait pas les contractants lorsqu'ils envisagent la concrétisation des intérêts en vue desquels ils vont s'engager⁴⁹⁵. Ensuite et surtout, la négociation doit être possible. C'est dire, outre l'existence d'un ordre public⁴⁹⁶, que les deux parties doivent être en mesure de négocier les conditions de leur convention : le rapport de force existant entre elles doit le permettre⁴⁹⁷, sans quoi il s'agira d'une adhésion plutôt que d'une réelle négociation⁴⁹⁸. Les contrats privés internationaux répondent assez souvent à ces conditions dans la mesure où les contractants sont fréquemment de grandes entreprises ayant chacune un certain poids économique, donc un certain pouvoir de négocier les termes de leur future relation⁴⁹⁹. Cela dit, il est certain que

⁴⁹⁵ Condition quasi-systématiquement remplie de nos jours du fait de la complexification des relations contractuelles. V. en ce sens J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 93, p. 74.

⁴⁹⁶ « Conquérant » en matière de contenu contractuel.

⁴⁹⁷ V. C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 15, p. 20.

⁴⁹⁸ Cf. *infra*.

⁴⁹⁹ Même s'il est vrai que l'internationalité d'un marché laisse à penser qu'il y aura plus d'éventuels partenaires, un choix plus large, cette internationalité des rapports appelle également une compétence

de telles relations, se fondant sur une équivalence relative des pouvoirs respectifs de négociation, peuvent être relevées en dehors même du commerce international.

256. Si la question de la validité, au regard seulement du processus de formation, des conventions et des clauses qui les composent ne se pose pas lorsqu'elles sont négociées, il est par contre intéressant de relever que ce type d'engagements, organisé *ab initio* autour d'une discussion, contiendra très généralement des clauses de sorties. Plus encore, si négociation il y a, les parties prendront certainement le soin de s'intéresser de très près aux conditions contractuelles d'une éviction de la relation. Il en résultera une personnalisation des clauses de sortie, peut-être davantage que pour certaines autres dispositions « typiques », standardisées puisque « *beaucoup plus que ces dernières, elles sont liées à l'essentiel du contrat. [...] En raison de leur importance, les clauses mettant fin aux contrats font l'objet de négociations entre les parties à des contrats uniques. Ainsi, les stratégies et le pouvoir de négociation déterminent également le contenu de la clause [...]* »⁵⁰⁰. Car, en effet, et l'évidence nous commande de ne point s'y attarder, il s'agit tout de même d'envisager *la fin d'une relation* telle qu'elle avait été établie. Fruit d'un compromis, enfin, les clauses permettront le plus souvent à toutes les parties de sortir d'une relation : les facultés de sortie ainsi créées seront « bilatérales ». Ce n'est pas dire que la survenance des circonstances prévues par une disposition contractuelle, ouvrant droit à la mise en œuvre de la faculté contractuelle, offrira systématiquement une porte de sortie à tous les cocontractants. C'est dire en fait que chaque protagoniste se sera aménagé une possibilité de s'extirper d'une relation qu'il ne désire plus continuer, en prévoyant l'insertion d'une clause protectrice de ses intérêts tels qu'envisagés lors de la formation de la convention ; une clause à l'image de ses craintes, reflétant donc ce qu'il

accrue et des moyens plus importants (V. not. F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Bibl. dr. priv. T. 224, LGDJ, 1992, préf. E. Loquin, p. 50). Il n'est donc pas certain, au contraire, qu'il y ait davantage de possibilités alternatives, de substitution de contractant. Il est vrai encore que la pratique commerciale internationale a développé l'utilisation de contrats-types et de conditions générales ; mais plus que le signe d'un fort déséquilibre dans la négociation – voire d'absence de négociation –, il faut y voir la réponse au besoin d'uniformiser les règles en la matière. D'ailleurs ces documents sont l'œuvre de groupement professionnels ou d'organisations internationales publiques et non d'une partie seule, toute-puissante. Cf. *infra*.

⁵⁰⁰ F. DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrats internationaux*, RDAI 1997, n° 7, p. 803. L'auteur distingue toutefois les clauses mettant fin aux relations contractuelles des clauses en permettant la cession.

attend de la relation ou plutôt ce qu'il tient à éviter absolument. Ces divers événements ne seront ainsi pas forcément les mêmes⁵⁰¹.

257. La négociation du contrat est par principe celle de ses conditions *lato sensu* et en principe donc celle des éventuelles facultés de sortie que pourrait se voir offrir un ou des contractants : la négociation implique la prévision, laquelle appelle l'imagination. S'en suit alors une certaine variété⁵⁰². Il doit toutefois être précisé que l'existence d'une négociation n'emporte pas forcément celle d'une possibilité de sortie de la relation, les parties pouvant s'en tenir à une discussion sur le prix, la durée ou encore tout autre élément de leur engagement ; les conditions d'une sortie de la relation n'entrent pas en effet, et en principe⁵⁰³, dans le champ des éléments essentiels à la formation du contrat. Dans ce cas, comme dans celui où le contrat pris en entier n'a pas été négocié, il y aura éventuellement adhésion d'une partie aux conditions de sortie qui auront pu être prévues.

B. L'adhésion aux conditions contractuelles de sortie

258. La question de la validité de la clause de sortie, au regard de la manière dont les parties y ont consenti – en l'occurrence un des contractants y a ici adhéré –, n'a rien de spécifique. C'est dire, donc, que le problème est celui de l'adhésion en général, sujet qui a déjà fait l'objet de nombreuses et brillantes études⁵⁰⁴. Nous rappellerons à ce propos,

⁵⁰¹ Toutefois, bien entendu, on peut aisément imaginer une clause résolutoire parfaitement bilatérale, symétrique, puisque chaque partie aura à cœur de s'assurer de l'exécution des obligations essentielles contractées par son ou ses partenaires. V. en ce sens C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, note 7, p. 20.

⁵⁰² Pourront ainsi être insérées des clauses sanctionnant une inexécution par la rupture des relations, des clauses prévoyant la cession de la position contractuelle ou encore des clauses permettant l'évasion du contrat en cas de survenance d'un événement particulier.

⁵⁰³ Il arrive toutefois que ce type de stipulations soit imposé par la loi. *Cf. infra*.

⁵⁰⁴ Nous renvoyons donc le lecteur aux écrits concernant cette notion : V. déjà R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, F. Pichon, Paris, 1901 ; G. DEREUX, *De la nature juridique des « contrats d'adhésion »*, *RTD. civ.* 1910, p. 503 et s. ; M. DOMERGUE, *Etude d'ensemble des contrats d'adhésion*, thèse, Toulouse, 1935 ; V. depuis CHARLEY DEL MARMOL, *Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial*, in *Liber amicorum Baron L. Fredericq, T. I*, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 307 et s. ; A. RIEG, *Contrat type et contrat d'adhésion*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de Paris*, T. XXXIII, 1970, p. 105 et s. ; P.-A. CREPEAU, *contrat d'adhésion et contrat type*, in *Mélanges L. Baudouin*, P. U. de Montréal, 1974, p. 67 et s. ; A. POPOVICI, *Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?*, in *Mélanges L. Baudouin*, P. U. de Montréal, p. 161 et s. ; A. SEUBE, *Les conditions générales des contrats*, in *Etudes A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 621 et s. ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, *passim* ; J.-Y. CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, thèse (dactyl.) Aix-en-Provence, 1976 ; V. plus récemment, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats*, in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 415 et s. ; F.-X. TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion*, *JCP éd. G* 1993, I, 3673 ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit français*, in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Bibl. dr. priv. T. 261, LGDJ, 1996. V. encore G. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, thèse (dactyl.) Paris II, 1999 ; S. GUILLEMARD, *Le*

simplement, qu'il s'agit bien d'un contrat, formé comme il se doit par un accord de volonté, un échange de consentement⁵⁰⁵, et soulignerons le manque de précision dans sa définition, ou plutôt le défaut d'accord sur le ou les critères permettant une telle qualification⁵⁰⁶. De plus et comme il a déjà été dit, le Code civil ne contient aucune disposition spécifique – autrement dit aucune définition, ni *a fortiori* régime⁵⁰⁷. On peut toutefois dire, sans caricaturer mais sans non plus prétendre trancher le débat relatif aux critères, que le contrat d'adhésion est celui dont le contenu, préétabli par une première partie, est accepté sans pouvoir de discussion par une seconde⁵⁰⁸. Les différents projets de réformes du droit des contrats en ont également adopté une définition, comblant la lacune du Code civil sur ce point⁵⁰⁹.

« cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent, *JDI* 2004, p. 7 et s. ; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, *Bibl. dr. priv.* T. 412, LGDJ, 2004, préf. C. Witz, avant-propos S. Peruzzetto.

⁵⁰⁵ Le contraire a été à une époque soutenu. Certains auteurs – v. par ex. R. SALEILLES, *op. cit.* ; L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, 1901 ; M. HAURIOU, note au *S.* 1908, 3, 17 – ont avancé la nature réglementaire de ce type d'engagement du fait, selon eux, qu'il ne reposait pas sur la libre volonté des deux parties. V. à ce sujet et entre autres : M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952, n° 123, p. 137 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations, T. I, Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988, n° 130, p. 128 ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 198, p.203 et s. et les références citées.

⁵⁰⁶ V. par ex. en ce sens C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, T. IV*, Librairies techniques, 6^{ème} éd. par E. MARTIN, 1942, n° 341, p. 419 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010, n° 178, p. 147, spéc. note 5. Les auteurs recensent six critères différents en doctrine et en retiennent deux principalement ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, par P. ESMEIN, *op. cit.*, n° 122, p. 136-137, lesquels avancent cinq critères ; V. également les développements de J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 95, p. 76 et s. et encore J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens. Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 950, p. 1981.

⁵⁰⁷ « Ces contrats restent soumis au droit commun » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 181, p. 150). V. d'une manière générale les références citées note 21. Cette catégorie doctrinale n'a pas non plus été reçue par la jurisprudence qui se refuse à lui appliquer un régime particulier V. Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1982, *JCP éd. G* 1984, II, 20215, note F. CHABAS ; Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, *Bull. civ.*, I, n° 92 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 2005, *JurisData* n° 026806.

⁵⁰⁸ Dans ce sens V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 95, p. 77 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 82, p. 232 ; Comp. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 178, p. 148, ces auteurs estimant par exemple que « la supériorité de puissance économique » est l'élément essentiel de cette définition ; Comp. encore B. PETIT, *Contrats et obligations, Définition et classification des contrats*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1101 à 1108-2, 2005, n° 49, p. 17, lequel accorde, avec d'autres auteurs, une certaine importance au caractère standardisé du contenu contractuel.

Au risque que la réflexion paraisse logomachique, le contrat d'adhésion n'est donc, selon nous, rien d'autre que le *contrat non négocié*. Si des critères plus ou moins précis sont avancés, c'est, d'une part, qu'il faut restreindre le domaine de ce type de contrats – finalement beaucoup (trop ?) de contrats ne sont pas négociés et pour diverses raisons – puisque, d'autre part, on cherche à doter d'un régime propre cette catégorie pour traiter sa composante abusive, et seulement celle-ci. V. sur cette notion S. YADINI-NAUDOT, *Le contrat non négocié*, thèse (dactyl.) Nantes, 2000 ; v. encore l'intitulé heureusement évocateur de Mme Fabre-Magnan : « I. Les contrats non négociés », *op. cit.*, n° 82, p. 205.

⁵⁰⁹ V. l'article 1102-5 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par Monsieur le Professeur Catala et l'article 10 du Projet de réforme de la Chancellerie qui adoptent des définitions similaires faisant référence à l'absence de négociation des stipulations essentielles. Comp. l'article 23 du

259. Selon nous, entrent alors dans ce cadre non seulement les contrats d'adhésion « typiques » conclus entre les particuliers – consommateurs – et les entreprises⁵¹⁰, mais encore, d'une manière générale, tous les contrats conclus en l'absence de discussion préalable car celle-ci n'était pas concevable en raison d'un certain rapport de pouvoirs, c'est-à-dire « lorsqu'une personne peut exercer sur la volonté de toute une catégorie d'autres, une puissance de droit ou de fait, capable de la décider à l'acceptation complète des conditions stipulées »⁵¹¹ ; ainsi en est-il de la majorité des contrats entre l'administration et les personnes privées⁵¹² et plus généralement ceux conclus sous un état de dépendance⁵¹³. Le contenu va ensuite souvent se concrétiser, suivant certains, dans un « contrat type » ou dans des « conditions générales »⁵¹⁴. Pour notre étude, nous ne différencions pas ces deux « formes »⁵¹⁵ de contrats d'adhésion dans la mesure où ce sont les clauses qui les composent, et plus particulièrement celles organisant une sortie de la relation, qui nous intéressent, la distinction n'emportant pas forcément de conséquence sur leur présence, leur nature ou encore sur leur validité. Plus encore, nous nous concentrerons sur la notion de « clause » car la clause à laquelle on adhère, c'est-à-dire celle que l'on accepte sans discuter de son contenu, n'est pas forcément insérée dans un contrat d'adhésion : il est des contrats faisant suite à une réelle négociation mais contenant tout de même une clause qui aura été préétablie unilatéralement et imposée à l'autre partie. Il est aussi des clauses dont on ne discute pas, peu importe le rapport de force existant entre les divers futurs cocontractants, qui sont

Projet de réforme de l'Académie des sciences morales dirigé par Monsieur le Professeur Terré, faisant référence, dans la section consacrée à la formation du contrat, à l'acceptation des conditions générales. Toutefois, ce projet, s'il ne traite pas formellement du contrat d'adhésion, fait bien référence à « la clause non négociée » en son article 67.

⁵¹⁰ Par exemple les contrats de la distribution de masse, les contrats de transports ou encore les contrats d'assurance : ceux dont l'individu en société – de consommation – ne peut se passer.

⁵¹¹ E.-H. PERREAU, *Une évolution vers un statut légal des contrats, in Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény, T. II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Lib. E. Duchemin, Paris, 1977, p. 354.

⁵¹² V. dans ce sens L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012, n° 257, p. 164. L'absence de négociation, ou plutôt l'imposition par la personne publique de ses conditions, est ici rendue nécessaire par la protection d'un intérêt supérieur à celui des cocontractants : *l'intérêt général*.

⁵¹³ V. à ce sujet G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Bibl. dr. priv. T. 190, LGDJ, 1986, préf. J. Ghestin.

⁵¹⁴ V. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion, op. cit.*, n° 49 et s., p. 31 et s. ; plus nuancé : J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat, op. cit.*, n° 79, p. 60 ; Comp. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, pp. 232-233, qui distingue, fort justement, le contrat-type du contrat d'adhésion : le premier terme renvoie à la standardisation des dispositions, le second à la non négociation – ou négociabilité – des stipulations ; deux caractéristiques, donc, qui ne vont pas forcément ensemble. V. ég. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 178, p. 147.

⁵¹⁵ En ce sens V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 176, p. 146. *Contra* : G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion, op. cit, loc. cit.*, qui distingue les deux notions.

insérées presque machinalement ; ce sont des clauses de style⁵¹⁶, standardisées⁵¹⁷, dont la validité et l'efficacité ne sauraient être remises en cause pour ce seul motif⁵¹⁸

260. D'ailleurs, nous pouvons dire que les clauses de sortie, tout au moins pour certaines d'entre elles, sont fréquentes et représentent en quelque sorte l'archétype de la clause standardisée. A côté, en effet, des clauses pénales ou des clauses limitatives de responsabilité, la clause résolutoire⁵¹⁹, par exemple, ou encore dans une autre mesure certaines clauses de résiliation⁵²⁰ voire de cession⁵²¹, sont invariablement prévues dans les contrats. Cette insertion quasi-systématique entraîne alors, au fil du temps, une standardisation. La répétition, la production de masse et ses inconvénients – l'utilisation de clauses et contrats types apparaissant alors comme un remède pour les opérateurs ayant de plus en plus de cocontractants –, voici les raisons de la standardisation, tant des contrats en général que de certaines clauses. La négociation est ainsi généralement exclue pour des raisons matérielles⁵²². La conséquence majeure de cette absence de négociation, qu'elle se concrétise dans l'utilisation de clauses de sortie types et/ou dans la conclusion de contrats d'adhésion, porte bien entendu sur le contenu de ces dispositions : la faculté de sortie ne sera, généralement, qu'unilatéralement octroyée ; les clauses imposées de la sorte sont donc « rédigées de façon à protéger l'intérêt »⁵²³ du stipulant⁵²⁴ ; ceci, pour certains auteurs⁵²⁵, est même un élément de la définition du contrat d'adhésion. Cela dit, nous nous joignons à cette partie de la doctrine qui estime qu'il ne s'agit que d'une conséquence de l'unilatéralité de l'élaboration du contenu et qu'il ne convient pas

⁵¹⁶ V. not. sur la notion D. DENIS, *La clause de style*, in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 117 et s. ; en dernier lieu, Y.-M. LAITHIER, *La notion de clause de style a-t-elle une utilité en droit ?*, note sous Cass. com., 14 oct. 2008, *RDC* 2009, p. 56.

⁵¹⁷ Tout se passe ici comme si les deux parties adhéraient à un contenu normalisé, même si, et c'est important, une des parties aura choisi d'insérer la clause type.

⁵¹⁸ Y.-M. LAITHIER, note précitée, p. 58.

⁵¹⁹ V. par ex. en ce sens, C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 15, p. 21-22 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 887, p. 465.

⁵²⁰ V. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, n° 57, p. 36.

⁵²¹ V. not. F. DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrats internationaux*, *art. cit.*, *loc. cit.*

⁵²² Dans ce sens, V. not. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 96, p. 77-78 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 426, p. 209. Cependant le modèle contractuel, s'il n'est pas apparu en raison directement d'un rapport de force inégalitaire, subsiste et s'impose donc encore grâce à ce déséquilibre du pouvoir de négociation.

⁵²³ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, n° 46, p. 30.

⁵²⁴ V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 95, p. 77 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵²⁵ V. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens. Les obligations*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, par P. ESMEIN, *op. cit.*, n° 122, p. 137.

d'étendre cette affirmation à tous les contrats, mais surtout à tous les types de clauses⁵²⁶. Quoiqu'il en soit, concernant les clauses de sortie, l'unilatéralité sera le principe et la neutralité, ou bilatéralité, l'exception⁵²⁷. Ajoutons, sans lyrisme aucun, qu'« adhésion » rime bien avec « sanction ». C'est dire en fait que pour ces clauses préétablies, la variété, telle que décrite plus haut lorsqu'il y a discussion sur les conditions de sortie, ne sera guère de mise : les clauses standardisées, ou plus généralement celles auxquelles on ne peut qu'adhérer, n'envisagent bien souvent que la sanction du débiteur – l'adhérent – en cas de défaillance dans l'exécution de ses obligations, événement empreint d'une certaine objectivité. Bien entendu certaines clauses dont l'objet est différent peuvent être standardisées, car fréquemment utilisées dans un milieu donné, mais elles seront rarement imposées car leur contenu, pour être efficace, devra faire l'objet d'une certaine négociation avec un exposé des intérêts respectifs, la recherche d'un compromis⁵²⁸... tout ceci cadrant mal avec l'adhésion.

261. Les clauses ainsi acceptées, bien qu'unilatérales et parfois dures, n'en sont pas moins valables. En tout cas, leur validité ne pourra être remise en cause du seul fait de l'absence de discussion sur leur contenu⁵²⁹ : il n'existe pas vraiment d'obligation de négocier les termes d'un engagement⁵³⁰. Un auteur écrit très justement en ce sens que si « *l'on ne devait admettre l'existence d'un contrat que là où il y a eu négociation, la plupart des accords que l'on considère comme des contrats n'en seraient point [...]* »⁵³¹. Notre législateur est toutefois intervenu, non pas pour créer un régime propre à l'adhésion, mais pour réglementer certaines matières où fourmillent, il est vrai, des contrats d'adhésion : le droit des assurances, celui du transport ou encore des contrats de travail par exemple et, surtout, bien évidemment, le droit de la consommation. Il ne s'agit pas d'interdire l'adhésion comme processus de formation de la relation contractuelle, mais d'en contrôler les dérives dans ces domaines ; car l'adhésion emporte finalement avec elle deux séries de dangers : l'insertion de clauses abusives – comme nous le verrons

⁵²⁶ V. not. A. RIEG, *Contrat type et contrat d'adhésion*, art. cit., n° 9, p. 109 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, op. cit., loc. cit.

⁵²⁷ Nous ne pensons même pas à une stipulation faite dans l'intérêt exclusif de l'adhérent à la clause : ceci est perçu comme un non-sens juridique, commercial, voire social...

⁵²⁸ Nous pensons ici aux clauses de cession de position contractuelle et à certaines clauses de résiliation en raison de la survenance d'événements particuliers au cours de la relation.

⁵²⁹ En ce sens, implicitement, V. Cass. 1^{ère} civ., 12 mars 2002, précité ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 2005, précité.

⁵³⁰ V. not. M. FABRE-MAGNAN, op. cit., p. 231-232, qui relève néanmoins certaines obligations de négocier, en droit du travail par exemple.

⁵³¹ C. LARROUMET, *Droit civil. Les Obligations. Le contrat*, T. III, op. cit., n° 273, p. 248.

les clauses de sortie peuvent avoir ce caractère⁵³² – et le manque de lisibilité, d'unité du contenu contractuel, empêchant ainsi parfois la connaissance effective par l'autre partie des conditions de l'engagement⁵³³. Il n'est dès lors pas étonnant que le tout récent projet de loi de réforme du livre III du Code civil contienne des avancées sur le sujet⁵³⁴... mais nous sommes déjà en train de traiter de la réalité de l'accord donné.

§2 La réalité et l'intégrité de l'accord de volonté

262. Si l'absence de négociation sur les conditions contractuelles de sortie ne soulève, en elle-même, pas de problème de validité, ce mode de formation, comme il vient d'être dit, peut emporter certaines conséquences fâcheuses sur la réalité de l'accord donné. La question est alors la suivante : ces conditions ont-elles été réellement acceptées ? Cela revient essentiellement à envisager la connaissance des clauses par les parties, surtout lorsqu'il s'agit d'adhérer à des conditions générales (**A.**). On peut encore se demander, une fois admis que les parties ont échangé leur consentement, ce qu'elles ont réellement voulu concernant une éventuelle faculté de sortie de la relation : ont-elles pu décider tacitement d'inclure une telle possibilité ? Comment apprécier l'accord de volonté en cas de disposition peu claire (**B.**) ?

*A. La connaissance de la clause ou le problème de son incorporation*⁵³⁵

263. Une fois la négociation passée, le contrat est conclu et les parties sont censées avoir accepté les conditions qu'il contient. Cette vision des choses est en tout cas concevable dans le cadre de relations contractuelles que l'on peut qualifier de « classiques » : une discussion, une rencontre de volonté stigmatisée dans un seul support contractuel, écrit, et le nombre d'exemplaires et de signatures adéquat⁵³⁶. Si l'on ne peut

⁵³² Cf. *infra*.

⁵³³ V. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, n° 59, p. 37 et s.

⁵³⁴ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; *D.* 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE. L'article 3, 2° prévoit ainsi notamment de « consacrer la notion de clause abusive » et son point 5° de « clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion ».

⁵³⁵ V. not. à ce sujet F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, *Bibl. dr. priv.* T. 241, LGDJ, 1994, préf. J. Ghestin ; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, *Bibl. dr. priv.* T. 412, LGDJ, 2004, préf. C. Witz, avant-propos S. Peruzzetto ; D. MAINGUY, *Conditions générales de vente et contrats-types*, *art. cit.* Adde, J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 407 et s., p. 364 et s. V. encore les références citées précédemment portant sur l'adhésion, les conditions générales ou les contrats types.

⁵³⁶ La signature manuscrite selon l'article 1341 du Code civil, dans une approche classique du contrat, est censée en effet prouver la réalité du consentement, c'est-à-dire faire foi de l'existence et du contenu de

affirmer sans ambages qu'il s'agit de la conception envisagée, à titre principal, par les rédacteurs du Code civil, on peut toutefois avancer que c'était l'image que se faisait notre société de l'engagement contractuel.

264. Si les conditions de sortie sont contenues dans un document unique sur lequel repose la relation, l'accord de volonté, en ce qu'il implique la connaissance des dispositions contractuelles, ne sera que rarement remis en cause dans sa réalité. Tout au plus, les rédacteurs devront faire attention dans certains domaines, à ce que la loi leur impose une présentation particulière pour certaines clauses⁵³⁷. Ainsi, par exemple, en matière d'assurance, le législateur a-t-il prévu à peine de nullité que « *les clauses de polices édictant les nullités, déchéances ou exclusions [doivent être] mentionnées en caractères très apparents* »⁵³⁸. Il semble d'ailleurs que les tribunaux, s'emparant de cette prescription, aillent plus loin encore dans l'exigence de clarté : la jurisprudence rappelle régulièrement, en effet, que ces clauses doivent non seulement répondre à cette condition d'apparence mais également être contenues dans le « document principal », signé et paraphé de la main du souscripteur⁵³⁹. Il s'agit de la *police*, laquelle peut contenir des conditions générales, particulières ou spécifiques, opposables pourvu qu'elles aient été portées à la connaissance du cocontractant, ce qui finalement ne pourra être prouvé que par les signatures et paraphes du souscripteur.

265. Cependant ce schéma « idéal », à savoir un document principal signé par le cocontractant, est quelque peu bousculé étant donné, comme il a été précédemment dit, le développement des contrats de masse et des techniques de formation qui y sont afférentes. Plus particulièrement, l'observation de la réalité pratique révèle tout d'abord une multiplication des documents contractuels pour une même relation⁵⁴⁰, conséquence de la

l'engagement ; du moins, le cas échéant, jusqu'à la fourniture d'une preuve contraire « *par un moyen d'autorité au moins équivalent* » (J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 142, p. 73).

⁵³⁷ Il s'agit d'une des réponses législatives à la multiplication des contrats d'adhésion et de leurs dérivés.

⁵³⁸ Article L. 112-4 du Code des assurances. Cette exigence ne concerne cependant pas les nullités, exclusions ou déchéances prévues par la loi, V. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1993, *RGAT* 1994, p. 82, obs. R. MAURICE ; *D.* 1994, jur., p. 434, note C. J. BERR et H. GROUDEL ; V. également, rappelant le pouvoir souverain des juges du fond pour l'appréciation de ce caractère très apparent Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1998, *RCA* 1999, chr. n° 6 par H. GROUDEL ; Cass. crim., 3 avr. 2001, *JurisData* n° 2001-009714.

⁵³⁹ V. déjà Civ 1^{ère}, 30 octobre 1967, *JCP éd. G* 1968, II, n° 15590, obs. J. BIGOT. La Cour précise ici très clairement « *que ces clauses doivent être insérées dans les polices elles-mêmes* ». V. plus récemment CA Lyon, 29 juin 2000, *JurisData* n° 2000-146343. En l'espèce, l'assureur n'a pas pu opposer à l'adhérent une clause d'exclusion de garantie dans la mesure où la preuve de la connaissance par ce dernier de cette disposition n'a pas été rapportée, puisque la clause en question se trouvait dans un intercalaire non signé ni paraphé auquel renvoyait simplement la police.

⁵⁴⁰ V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

standardisation des contrats, mais également le développement de la conclusion de contrats au moyen de l'informatique. Cette dernière évolution de la pratique contractuelle est désormais prise en compte par la loi⁵⁴¹ puisqu'est prévu, aux articles 1316 à 1316-4 du Code civil⁵⁴², le régime applicable en matière de preuve d'un écrit électronique. Nous retiendrons à ce sujet que la signature électronique est traitée, pour forcer la confiance des opérateurs en une méthode nouvelle de formation des engagements⁵⁴³, comme une signature manuscrite apposée sur un support écrit, sous réserve de respecter justement ces nouvelles prescriptions légales et réglementaires. Nous remarquerons alors simplement que ce phénomène d'informatisation nourrit en quelque sorte celui de la multiplication des supports : le renvoi à des conditions annexées, à tout le moins l'absence d'unité formelle⁵⁴⁴, est « de principe » lors de la conclusion de tels engagements qui sont très généralement des contrats d'adhésion⁵⁴⁵.

266. En ce qui concerne notre étude, ces constatations nous amènent à aborder le problème de la connaissance effective, par une des parties, des clauses de sortie que pourraient contenir ces divers documents – matérialisés ou non –, à traiter donc d'un aspect de la réalité du consentement en raison de l'existence de plusieurs supports susceptibles d'entrer dans la sphère contractuelle.

267. En pratique, en effet, ces clauses sont quasi-systématiquement incluses non dans le document principal présenté au futur cocontractant, représentant généralement les conditions particulières de l'engagement, mais dans des « documents annexes », comme

⁵⁴¹ V. la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 sur la preuve électronique, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et l'ordonnance du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. V. not. P. STOFFEL-MUNCK, *La réforme des contrats électroniques par la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JCP éd. E, 2004, n° 1341 ; J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2005, p. 843 ; C. CASTES-RENARD, *Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée*, *Deffrénois* 2006, art. 38464, p. 1529 et s.

⁵⁴² Dispositions auxquelles l'on doit ajouter le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 et relatif à la signature électronique, ainsi que l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires pour l'adaptation du droit de la consommation au droit communautaire, *JO* n° 196, 25 août 2001, p. 13645.

⁵⁴³ V. en ce sens et à ce sujet M. MEKKI, *Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'empêche pas « neutralité axiologique »*, *RDC* 2007, p. 681 et s. spéc. p. 685 et les références employées.

⁵⁴⁴ Il faut ici entendre par « unité » une seule page internet claire et précise. En pratique, en effet, lors de la conclusion d'un engagement par internet, le stipulant ne prévoit bien souvent – et au mieux – qu'un renvoi à ses conditions générales au moyen d'un lien vers une autre page.

⁵⁴⁵ V. dans ce sens, D. RONDEAU, *L'impact de « l'erreur dans les contrats de vente passés sur Internet*, *Gaz. Pal.* 2003, rec. p. 901 et s. ; A.-M. LEROYER, *L'épreuve d'Internet*, in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Économica*, 2002, p. 167 : « l'absence de présence physique des parties et la rapidité des transactions donnent au contrat de consommation en ligne un caractère d'adhésion renforcé ».

les conditions générales⁵⁴⁶ ; cette diversité de supports, alliée au processus d'adhésion – finalement, pourquoi inspecter les dispositions d'un contrat « éparpillé » que l'on ne peut qu'accepter telles quelles ? – laisse en effet planer un doute sur la qualité de l'accord donné. Il faut alors rechercher quelle a été la commune intention des parties, et il n'y aura « *d'accord entre elles qu'en ce qui concerne les points sur lesquels leurs volontés ont été susceptibles de se rencontrer* »⁵⁴⁷. Nous avons déjà évoqué le fait qu'il n'existe pas de régime juridique particulier pour les contrats d'adhésion au sens large. Toutefois, il semble que la doctrine, la jurisprudence ou encore les autorités, prennent parfois en compte cette réalité contractuelle que constitue le phénomène d'adhésion : le traitement de l'acceptation de certaines clauses, surtout lorsque l'on est en présence de plusieurs documents susceptibles d'entrer dans la sphère contractuelle, en est la démonstration. Comme le relève un auteur, les « *tribunaux ne sont pas toujours insensibles à la nature de la convention* »⁵⁴⁸. Ainsi, la jurisprudence s'assure fréquemment que le cocontractant a eu réellement connaissance des clauses que l'on entend lui opposer et qui ne figurent pas sur le document principal : clause contenue dans les conditions générales annexées au

⁵⁴⁶ Ceci démontre encore, d'ailleurs, le caractère abstrait des conditions de sortie éventuellement prévues, dans la mesure où elles sont censées s'appliquer à tous les cocontractants du stipulant.

⁵⁴⁷ C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 271, p. 246.

⁵⁴⁸ B. PETIT, *Contrats et obligations, Définition et classification des contrats, art. cit.*, n° 51, p. 17. Dans le même sens V. F.-X. TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion, art. cit.*, spéc. n° 17 ; V. également F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, op. cit.*, spéc. n° 5, p. 4, lequel considère qu'il s'agit d'un régime particulier d'appréciation du consentement. À l'encontre de cette analyse, v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 181, p. 150, qui relèvent quant à eux que « *cela n'est pas spécial à la matière* », fournissant comme exemple le traitement par les tribunaux du problème, en matière de contrat d'hôtellerie, des avis de non-responsabilité affichés dans les chambres. Exemple peut-être mal choisi nous semble-t-il dans la mesure où l'on peut aisément considérer qu'il ne s'agit généralement pas de contrats négociés. Dans le même sens, V. encore C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 270 et 271, p. 245 et s.

En fait, rien ne s'oppose selon nous à ce qu'il soit dit, d'une part, que ce contrôle de la connaissance n'est pas propre aux contrats d'adhésion mais que, d'autre part, il ne trouve à s'appliquer qu'en ce domaine en raison de l'existence par ailleurs de concepts traditionnels de protection du consentement tels que prévus aux articles 1109 et s. du Code civil ; et ces concepts ne sont pas utilisés pour l'analyse du consentement de l'adhérent en raison de leur inadéquation *apparente* à la résolution des problèmes soulevés par l'avènement des contrats de masse. Il a fallu ainsi « *mettre rapidement en place un dispositif juridique adapté* », ce qui a donné lieu à « *une réaction tendant à apporter des solutions susceptibles de satisfaire les besoins de la pratique* » (F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, op. cit.*, n° 4-5, p. 4).

contrat⁵⁴⁹ ou encore stipulations présentes dans des documents remis postérieurement à l'engagement⁵⁵⁰.

268. La doctrine tente alors de dégager des critères d'appréciation de la réalité du consentement portant sur des clauses de conditions générales⁵⁵¹. Du moins recherche-t-elle les paramètres d'une grille de lecture de la jurisprudence. Madame le Professeur Labarthe, par exemple⁵⁵², développe la notion de « document contractuel »⁵⁵³. Dans le but notamment d'apprécier l'opposabilité des divers documents en question –et donc des clauses les composant–, celle-ci distingue en premier lieu les documents remis par l'une des parties à l'autre, des documents non remis. Vient alors tout d'abord le *distinguo* d'ordre temporel entre les documents remis avant la conclusion, ceux remis pendant celle-ci et les documents post-contractuels ; vient ensuite la différenciation d'ordre matériel entre les supports « affichés » et ceux « à consulter ». L'auteur relève ainsi la nécessité de l'existence, dans l'*instrumentum*, d'un renvoi aux conditions annexes remises concomitamment à la conclusion du contrat. Pour les dispositions figurant dans des documents remis postérieurement, comme les factures, elle souligne la position actuelle de la jurisprudence⁵⁵⁴, en conformité avec la doctrine⁵⁵⁵, qui tend à ne pas admettre d'une manière générale⁵⁵⁶ l'opposabilité de clauses non connues ni acceptées lors de la

⁵⁴⁹ V. entre autres Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1979, *Bull. civ.*, I, n° 128 ; *D.* 1980, IR, p. 262, note J. GHESTIN (clause exonératoire de responsabilité déclarée non opposable car noyée au milieu d'autres dispositions des conditions générales, figurant au dos du bon de commande signé par le client) ; dans le même sens v. 1^{ère} civ. 27 fév. 1996, *Defrénois* 1996, p. 742. L'on peut encore ajouter à cela la jurisprudence relative à l'opposabilité de la clause attributive de compétence, même s'il existe un texte spécifique en la matière – article 48 CPC –, dont par exemple CA Paris, 1^{er} mars 2000, *D.* 2000, IR, p. 135.

⁵⁵⁰ V. notamment CA Paris, 21 avr. 1992, *JCP éd. G* 1992, IV, 1831 (clause limitative de responsabilité, insérée dans un ticket remis postérieurement à la conclusion du contrat, non opposable au client).

⁵⁵¹ Pour une analyse de l'appréciation judiciaire et des concepts de la doctrine, V. F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, *op. cit.*, n° 115 et s., p. 69 et s.

⁵⁵² V. également adoptant une approche semblable de la matière J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 407 et s., p. 364 et s. ; D. MAINGUY, *Conditions générales de vente et contrats-types*, *art. cit.* Comp. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, précité.

⁵⁵³ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, précité. Il s'agit des « documents remis ou invoqués à l'occasion d'un contrat, à condition qu'ils soient susceptibles d'engager à titre d'éléments du contrat » et l'auteur de poursuivre plus précisément « les documents contractuels sont ceux qui contribuent à la formation ou à la réalisation du contrat, et par là engagent à titre d'élément du contrat ».

⁵⁵⁴ V. entre autres CA Paris, 21 avr. 1992, précité ; CA Rouen, 27 octobre 1994, *JurisData* n° 1994-046266, *JCP éd. G* 1995, IV, n° 301 ; V. plus récemment CA Riom, 14 fév. 2001, *JurisData* n° 2001-164691 (inopposabilité d'une clause pénale mentionnée sur des factures remises postérieurement à la formation du contrat) ; CA Rouen, 12 octobre 2006, *JurisData* n° 2006-316590 (inopposabilité d'une clause restrictive de garantie figurant au dos de factures).

⁵⁵⁵ V. notamment J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, *op. cit.*, n° 425, p. 386 ; C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 271, p. 246 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 181, p. 150.

⁵⁵⁶ Des exceptions existent en effet, comme par exemple l'existence de relations d'affaires suivies pouvant conduire les tribunaux à estimer que le cocontractant devait avoir connaissance de la clause litigieuse, bien que la stipulation ait eu lieu postérieurement à la formation du contrat. Sur ce point V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, *op. cit.*, n° 443 et s., p. 272 et s. Des décisions récentes sont

conclusion du contrat, « *le principe du silence-acceptation* [n'étant] *donc plus consacré à l'heure actuelle* »⁵⁵⁷. Concernant enfin les documents « *à consulter* », l'auteur met en avant la nécessité d'une clause de référence dans le document principal et insiste sur l'accessibilité de ces conditions – « *potentiellement contractuelles* » – supplémentaires. Le droit de la consommation s'est d'ailleurs saisi du problème : la clause présente dans le document signé par le consommateur et constatant son adhésion à des clauses qui ne figurent pas dans le document principal, ou qui sont présentes dans un document auquel il n'est pas fait expressément référence et dont il n'a pas eu connaissance avant la conclusion du contrat, est réputée irréfragablement abusive en vertu des dispositions de l'article R. 132-1 du Code de la consommation⁵⁵⁸.

269. Une approche plus théorique a été exposée⁵⁵⁹. Pour Monsieur Limbach, il s'agit de remettre le problème de l'acceptation des conditions générales, en tant que contenu contractuel formellement différent de l'*instrumentum*, à sa place : c'est une difficulté portant sur la réalité du consentement. Il faut donc, pour le traitement de ces questions, revenir au « *régime général* » du consentement au lieu de créer un « *régime spécial* »⁵⁶⁰. Cet auteur propose pour cela une adaptation des règles « *classiques* »⁵⁶¹ du consentement en recourant à la *déclaration de volonté*⁵⁶², notion composée d'un élément subjectif, « *la volonté contractuelle* » et d'un élément objectif « *la déclaration* ». Le

toutefois en sens contraire : V. Cass. 1^{ère} civ., 18 oct. 2005, *Bull. civ.*, I, n° 377, p. 314 ; *RTD civ.* 2006, p. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Dans cette affaire, la Cour censure les juges du fond car « *en se fondant exclusivement sur les relations d'affaires suivies, sans relever que la vente [...] se serait référée, de façon directe ou indirecte, à la clause limitative de garantie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

⁵⁵⁷ F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, *op. cit.*, n° 437, p. 267. L'auteur soutient judicieusement qu'il s'agit en la matière de « *se demander si le silence gardé à la réception des documents postcontractuels vaut acceptation des clauses qui y sont insérées* » (*ibid.*, n° 429, p. 264).

⁵⁵⁸ Déjà, avant l'adoption des listes « *noire* » et « *grise* » par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, cette clause était visée par le point *i*) de la liste qui était annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation dans son ancienne version.

⁵⁵⁹ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, *op. cit.*

⁵⁶⁰ *Ibid.*, n° 5, p. 4-5. Comme il a déjà été dit, l'auteur remarque qu'il a fallu une réponse rapide et « *pratique* » aux problèmes qu'entraînait le développement des contrats de masse, traduction dans la pratique juridique et commerciale d'une évolution de la société.

⁵⁶¹ Une doctrine particulièrement avertie avait déjà relevé l'inadaptation des vices du consentement traditionnels, V. par ex. J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit français*, *art. cit.*, n° 26, p. 21. Les auteurs avancent fort justement que les « *vices du consentement traditionnels, s'ils ont parfois reçu d'intéressants développements jurisprudentiels, ne sont pas véritablement adaptés aux formes contractuelles nouvelles, caractérisées par l'absence de négociation préalable et le déséquilibre des forces des parties* ».

⁵⁶² V. notamment sur cette notion R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, précité ; J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931.

consentement s'opère alors « *par la rencontre des volontés déclarées* »⁵⁶³ ; et d'éventuelles perturbations pourront provenir de divergences entre volonté et déclaration.

270. En ce qui concerne notre étude, dont le cadre ne peut raisonnablement accueillir de trop amples développements à ce sujet, nous nous contenterons de retenir qu'une telle approche permet d'aborder, comme y procède l'auteur, les problèmes touchant à la connaissance et à l'acceptation de clauses sous l'angle des *vices du consentement* en redonnant, plus précisément, son rôle à l'*erreur*. Ainsi, après avoir avancé que l'erreur peut tout autant toucher le stipulant que l'adhérent, l'auteur tente de tracer les grandes lignes de l'utilisation de cette notion en matière d'incorporation des conditions générales dans la relation contractuelle : le stipulant peut s'être trompé⁵⁶⁴ dans sa déclaration en n'exprimant pas⁵⁶⁵ ou en extériorisant mal⁵⁶⁶ sa volonté d'inclure des conditions générales ; il y a donc une divergence entre volonté et déclaration, il y a *erreur*. Cette erreur sera alors « *souvent qualifiée d'erreur sur les qualités substantielles* » car, « *dans la grande majorité des cas, le stipulant n'aurait pas conclu le contrat en question s'il avait su que ses conditions générales n'y seraient pas intégrées* »⁵⁶⁷. Il s'en suit que le contrat pourrait être annulé, à condition que cette erreur ne soit pas inexcusable. Cependant, tout en rappelant le fait que la jurisprudence ne s'est pratiquement jamais prononcée dans ce sens⁵⁶⁸, l'auteur avance que ce type d'erreur serait toujours inexcusable⁵⁶⁹ et que donc le contrat doit être réputé conclu sans lesdites dispositions⁵⁷⁰.

271. Des objections peuvent être émises à l'encontre de cette affirmation : certes le stipulant qui demanderait l'annulation de la convention « *avait tous les moyens de*

⁵⁶³ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, *op. cit.*, n° 227 et s., p. 127 et s.

⁵⁶⁴ L'auteur ne traite pas en détail d'une éventuelle divergence *intentionnelle* entre volonté et déclaration ; v. tout de même n° 308, p. 161. Il s'agirait plutôt dans ce cas de *manœuvres dolosives*.

⁵⁶⁵ V. F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, *op. cit.*, n° 436 et s., p. 225 et s. Ceci comprend non seulement l'absence totale d'inclusion mais également l'inclusion tardive, c'est-à-dire sur des documents remis postérieurement à l'engagement. Sur ce dernier point d'ailleurs, l'auteur reste malheureusement en retrait puisqu'il avoue finalement qu'il conviendra de s'attacher aux développements doctrinaux et à l'orientation de la jurisprudence, tels que présentés ci-dessus. Or la référence à des conditions générales ou plus simplement la stipulation de certaines clauses sur des documents postérieurs, comme les factures, représente une part importante du contentieux.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, n° 442 et s., p. 227 et s. La volonté peut être, selon l'auteur, mal exprimée du fait d'une perturbation soit de l'accès matériel aux clauses soit de l'accès intellectuel à ces dispositions.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, n° 459, p. 234.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, n° 459, p. 235.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, n° 458, p. 234.

⁵⁷⁰ L'utilisation par les tribunaux de « l'inopposabilité » amène en pratique au même résultat, même s'il est vrai que cette notion est une création, étrangère aux concepts classiques que veut réhabiliter l'auteur.

s'informer pour éviter son erreur »⁵⁷¹. Il s'agira bien souvent de cette « erreur grossière », relevée par la doctrine⁵⁷², une « *conduite imprudente ou par trop naïve de l'errans* »⁵⁷³, faisant obstacle à l'annulation du contrat dans l'intérêt de l'autre partie. Nous nous garderons cependant d'avancer le caractère parfaitement irréfragable de cette présomption, la jurisprudence en la matière ne le permettant point ; il a déjà en effet été admis par les tribunaux qu'un professionnel puisse se tromper en contractant, et ce même dans un domaine paraissant relever de sa spécialité⁵⁷⁴. Les juges du fond appréciant souverainement le caractère inexcusable de l'erreur au vu des circonstances de l'espèce, on ne peut affirmer sans ambages qu'une erreur sur l'intégration des conditions générales dans la sphère contractuelle sera forcément considérée comme inexcusable. Il s'en suit qu'il ne faut pas écarter la possibilité d'une annulation d'un contrat en raison d'une erreur du stipulant sur la contractualisation de ses conditions générales et donc des clauses de sorties éventuellement présentes.

272. L'adhérent peut bien entendu se tromper lui aussi. Monsieur Limbach, à ce propos, traite d'une part de l'ignorance de l'existence même des clauses et, d'autre part, de l'erreur sur leur contenu. Concernant la première, l'auteur estime qu'il peut s'agir d'une erreur sur la substance mais qu'il pourra être admis très souvent qu'elle revêt un caractère inexcusable⁵⁷⁵, sauf en cas de contenu « surprenant »⁵⁷⁶. L'auteur envisage

⁵⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., p. 338.

⁵⁷² V. par exemple, M. FABRE-MAGNAN, op. et loc. cit. ; C. LARROUMET, op. cit., n° 355, p. 313 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, op. cit., n° 206, p. 186 ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. I. Obligations, théorie générale*, n° 175, p. 174. Malgré cette appellation quelque peu abstraite, l'erreur « grossière » devra être appréciée *in concreto*.

⁵⁷³ B. PETIT, *Contrats et obligations, Erreur*, JurisClasseur Civil Code, art. 1110, n° 69, p. 20

⁵⁷⁴ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 326 ; *RTD. civ.* 2005, p. 123, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP éd. G* 2005, I, 141, obs. Y.-M. SERINET. En l'espèce, un spécialiste du dépistage des fausses œuvres d'art avait acheté un tableau qui s'est avéré par la suite avoir été faussement attribué à Camille Claudel. La Cour de cassation a estimé, censurant la cour d'appel, que ce professionnel a pu se tromper sur l'identité du peintre auteur de la toile. Il n'avait pas en effet été sollicité par le vendeur initial en sa qualité d'expert, se contentant en l'affaire de restaurer la toile et d'en être le dépositaire avant de finalement décider de s'en porter lui-même acquéreur ; de plus, cette erreur avait été commise par tous les autres experts lors la vente. V. encore, toujours en matière de vente d'œuvres d'art, Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, *Contr., conc., consom.* 2007, comm. n° 273, obs. L. LEVENEUR et Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 2009, *Gaz. Pal.* 6 janv. 2010, p. 22, note D. HOUTCIEFF ; *RLD civ.* 2010, n° 68, p. 13, note C. LE GALLOU.

⁵⁷⁵ F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, op. cit., n° 467, p. 238. L'auteur avance pour cela le fait que l'utilisation de conditions générales par le stipulant, en ce qu'elle réduit les coûts notamment, profite également à l'adhérent. Partant, il serait néfaste pour la sécurité juridique des transactions de permettre en ces cas l'annulation. Monsieur Limbach ajoute que « *puisque l'emploi des conditions générales profite indirectement aussi à l'adhérent, l'on peut concevoir que cela ne peut se faire qu'au prix d'un renoncement partiel à la faculté de se défaire d'un contrat pour cause d'erreur lorsque l'adhérent peut facilement s'apercevoir qu'il est sur le point de conclure un contrat destiné à être régi par des conditions générales* ». Le dernier point de ces idées nous paraît acceptable dans la mesure où, d'une part, cela correspond à l'idée de « faute grossière » puisque, d'autre part, il est vrai que l'on peut attendre du cocontractant qu'il sache que son contrat sera régi par des conditions générales comme

ensuite une méprise, du fait d'une lecture trop rapide par exemple, sur le contenu des dispositions et préconise alors de rechercher si l'erreur porte sur une qualité essentielle et si elle est excusable, ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

273. S'il semble, à l'appui de cette présentation des choses, qu'il n'y ait pas de jurisprudence mêlant tout à la fois contractualisation de conditions générales et vice du consentement, on peut tout de même évoquer une décision de la Cour d'appel de Caen⁵⁷⁷ se prononçant sur l'erreur de droit d'un contractant quant à la validité d'une clause de sortie : un bailleur avait inséré dans le contrat de bail rural une clause de résiliation, conformément à l'acte de donation partage lui ayant permis de devenir nu-propiétaire des terres données à bail. Ce nu-propiétaire décida par la suite de mettre en œuvre cette clause du contrat et notifia ainsi un congé aux locataires, lequel congé fut déclaré nul comme contraire aux dispositions d'ordre public⁵⁷⁸ régissant la procédure de résiliation du contrat de bail rural. Le bailleur demanda alors la nullité du bail du fait de son erreur sur la validité de la clause de sortie en question. La Cour d'appel lui donna raison en estimant, d'une part, que la présence dans le contrat de la clause litigieuse a été déterminante de son consentement et, d'autre part, que cette erreur est excusable puisqu'il appartenait aux notaires ayant rédigé l'acte d'attirer l'attention du contractant sur ce point.

274. Cette décision nous permet alors de relever que l'erreur portant sur la validité d'une clause de sortie peut être une erreur sur les qualités substantielles et que cette erreur peut ne pas être inexcusable. Une clause de sortie, toute seule ou incluse dans des conditions générales, pourrait donc bien être écartée, être déclarée inopposable, ou être annulée avec l'ensemble du contrat au motif qu'elle n'aura pas vraiment été acceptée ni même parfois connue du cocontractant.

beaucoup de relations contractuelles à l'heure actuelle. Le reste nous semble par contre ne pas devoir entrer en compte pour l'appréciation du caractère inexcusable de l'erreur.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, n° 469, p. 239 et n° 201 et s., p. 114 et s.

⁵⁷⁷ CA Caen, 11 septembre 2001, *JurisData* n° 2001-158333.

⁵⁷⁸ La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que, pour qu'une erreur de droit source de nullité soit reconnue, encore faut-il que la nullité de la clause soit certaine et absolue, c'est-à-dire d'origine légale ou réglementaire ; un contractant ne saurait donc se prévaloir d'une décision de justice, rendue dans le cadre d'un litige opposant d'autres parties et ayant jugée nulle une clause, pour obtenir la nullité de son contrat comportant la même clause : v. en dernier lieu Cass. 1^{ère} civ., 27 juin 2006, *Bull. civ.*, I, n° 328 ; *RTD civ.* 2006, p. 761, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2007, p. 229, note C. PERES.

B. La rédaction de la clause

275. Si les parties ont consenti à la convention en ayant connaissance de toutes les clauses la composant, acceptant donc celles-ci dans leur principe, tout problème relatif au consentement ne sera pas pour autant écarté. On doit en effet parfois se poser la question de l'existence éventuelle de clauses tacites ou encore interpréter une disposition qui s'avérerait peu claire. Peut-on considérer, dans certains cas, que les parties ont tacitement consenti à des facultés de sortie de la relation ? La question a déjà été posée⁵⁷⁹, essentiellement au sujet de la clause résolutoire sur laquelle nous porterons donc une attention particulière. Mais cette interrogation peut être étendue à l'ensemble des clauses de sortie.

276. Le principe du consensualisme permet aux parties de définir le contenu de leur engagement en formulant librement leur volonté, leur rencontre suffisant⁵⁸⁰ ; c'est dire notamment qu'elles pourraient prévoir d'éventuelles facultés de sortie de cet engagement de manière tacite. Le juge devra, le cas échéant, rechercher la commune intention des contractants⁵⁸¹. Les choses se compliquent donc puisque, si l'on ne peut dire qu'une quelconque forme particulière est exigée pour la validité, un certain formalisme permet de prouver l'existence de clauses et des facultés qui y sont donc prévues ; cette existence doit en effet être démontrée, car, en ce qui concerne l'objet de notre étude, la loi ne prévoit pas de telles possibilités de manière générale⁵⁸² et, surtout, pose comme principe la nécessité d'un accord des cocontractants sur la sortie⁵⁸³ ou celle de faire appel au juge en cas d'inexécution⁵⁸⁴.

277. En matière de résolution, entendue comme la rupture en raison justement d'une inexécution, la jurisprudence, constante, exige depuis longtemps une stipulation expresse, claire et précise pour s'éviter le recours au système judiciaire⁵⁸⁵, « imposé »⁵⁸⁶

⁵⁷⁹ V. notamment à ce propos B. TEYSSIE, *Les clauses de résiliation et de résolution*, *Cah. Dr. Ent.* 1975, 1, p. 13 et s., spéc. p. 13 ; J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, *RTD civ.* 1957, p. 433 et s., spéc. n° 16 ; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 18, p. 25.

⁵⁸⁰ C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 138, p. 119 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 300 et s., p. 277 et s. ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 127, p. 140 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 535, p. 265.

⁵⁸¹ V. dans ce sens C. PAULIN, *op. cit.*, n° 18, p. 25.

⁵⁸² Cf. *supra*.

⁵⁸³ On songe ici bien entendu au *mutuus dissensus* prévu à l'article 1134, alinéa 2, du Code civil.

⁵⁸⁴ Article 1184, alinéa 3, du Code civil.

⁵⁸⁵ En fait, le créancier ne fera pas appel au juge pour prononcer la résolution de la convention, seulement le débiteur saisira éventuellement le tribunal afin de faire constater le caractère fautif de la décision de son cocontractant.

par l'article 1184 du Code civil. La doctrine avance ainsi le caractère restrictif de l'interprétation de la clause résolutoire⁵⁸⁷ : d'une part, il ne faut pas que la clause soit un simple rappel de la faculté prévue par la loi de demander au juge la résolution⁵⁸⁸, comme l'est par exemple l'emploi d'une formule du type « *aura le droit de faire prononcer la résolution* » ou encore lorsque la convention se limite à prévoir « *la résolution en cas d'inexécution* » ou que « *le contrat sera résolu* » ; d'autre part, la clause doit viser l'inexécution d'une obligation expressément prévue par le contrat, celui-ci ne pouvant être résolu par le créancier pour l'inexécution d'obligations qui ne seraient pas mentionnées dans la stipulation⁵⁸⁹. Dans ces cas en effet, le juge retrouve son pouvoir d'appréciation des manquements contractuels, puisque les parties n'ont pas correctement, c'est-à-dire de façon non équivoque⁵⁹⁰, exprimé leur volonté de se soustraire au régime légal de la résolution judiciaire.

278. L'appréciation de la gravité du manquement par le juge semble par contre écartée lorsque la clause, sans viser précisément une obligation du contrat, sanctionne de manière générale par la résiliation de plein droit de la convention « *le non respect de l'une quelconque des obligations du contrat* »⁵⁹¹. S'il est clair en ce cas que la disposition contractuelle témoigne tout à la fois de la volonté de s'éviter l'appel au juge et de la volonté de répondre à la non exécution d'une obligation prévue par le contrat, la généralité de ses termes peut prêter à discussion ; cela étant, sans doute est-il plus juste de

⁵⁸⁶ V. *contra* L. AYNES, *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, *Dr. et patr.* 2004, n° 126, p. 64 et s., spéc. p. 66-67.

⁵⁸⁷ V. notamment F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 664, p. 654 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 889, p. 467 ; A. ETIENNEY, *Extinction du contrat. Les causes*, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 175, n° 169 ; J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats, art. cit.*, p. 442. V. toutefois, plus réservés sur le maintien de ce type d'interprétation par la jurisprudence, C. PAULIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1993, *D.* 1994, p. 484 – la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond ayant estimé que l'utilisation du terme « résilié » reflétait la volonté de prévoir une « résiliation de plein droit » – et P. REIGNE, note sous Cass. com., 3 déc. 1996, *JCP éd. G* 1997, II, 22815.

⁵⁸⁸ V. en dernier lieu, dans une jurisprudence abondante, Cass. 3^{ème} civ., 24 fév. 1999, *Bull. civ.*, III, n° 54 ; 5 n° 1999-000775 ; *Contr., conc., consom.* 1999, comm. n° 85, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 1999, art. 37039, p. 983, obs. Y. DAGORNE-LABBE. Cass. 3^{ème} civ., 12 oct. 1994, *Bull. civ.*, III, n° 178, p. 113 ; *JCP éd. G* 1994, IV, 2509 ; *JCP éd. G* 1995, I, 3828, n° 11 à n° 15, obs. C. JAMIN. V. déjà Cass. req., 3 mai 1937, *D.H.* 1937, p. 364 ; S. 1937, 1, p. 371 ; *RTD civ.* 1937, p. 620, obs. R. DEMOGUE. V. encore les distinctions opérés par C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, T. XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome Deuxième*, Durand-Hachette, 1869, n° 546 et s.

⁵⁸⁹ V. encore récemment Cass. 3^{ème} civ., 15 sept. 2010, *Bull. civ.*, III, n° 157 ; *RDC* 2011, p. 173, obs. J.-B. SEUBE : « *la résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail* ».

⁵⁹⁰ V. Cass. 3^{ème} civ., 12 oct. 1994, précité : « *les clauses résolutoires doivent exprimer de manière non équivoque la commune intention des parties de mettre fin de plein droit à leur relation* ».

⁵⁹¹ V. par ex. Cass. com., 14 déc. 2004, *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 61, obs. L. LEVENEUR. La Haute cour censure les juges du fond qui ont apprécié la défaillance alléguée, violant ainsi l'article 1134 du Code civil.

traiter cette question à travers celle de la potestativité illicite⁵⁹², si le droit de la consommation n'est pas applicable.

279. Pour ce qui est des clauses de résiliation, une éventuelle ambiguïté pourra les invalider dans la mesure où, comme nous le verrons⁵⁹³, cela pourrait en fait cacher l'existence d'un pouvoir arbitraire illicite au profit d'une partie. La clarté nous semble de mise puisque la stipulation d'une clause de sortie anticipée paraît en contradiction avec celle d'une durée pour la relation. Ainsi, les rédacteurs devront éviter de prévoir la faculté dans la clause relative à la durée du contrat et également insister sur le caractère anticipé de la sortie⁵⁹⁴. Que penser par exemple d'une clause insérée dans un contrat de édité par une société de maintenance, conclu pour une durée – stipulée irrévocable – de 5 ans, et précisant en son article « *Résiliation* » qu'« *en cas de résiliation, qui doit parvenir à la [la société] par courrier recommandé, du client avant le terme du contrat, [la société] procédera à une facturation basée sur 12 mois de consommation réelle, et ce à titre d'indemnité* » ? Faculté de sortie anticipée payante ? Clause pénale ? Une interprétation semble nécessaire.

280. Et s'il doit y avoir une interprétation judiciaire d'une stipulation contractuelle ambiguë, se sera à la lumière des principes directeurs posés par le Code civil : celui de l'article 1156 invite le juge à rechercher la commune intention des parties⁵⁹⁵ et celui de l'article 1157 doit conduire les tribunaux à interpréter la disposition dans le sens de son efficacité ; l'article 1162 du Code civil dispose quant à lui que « *dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté*

⁵⁹² En ce sens v. L. LEVENEUR, obs. sous Com, 14 déc. 2004, précité. Il doit être remarqué, d'ailleurs, que le débiteur n'avait pas contesté la validité de la clause mais sa seule mise en œuvre. Pour le risque de potestativité illicite invalidant une clause de sortie ou atteignant son efficacité lors de la mise en œuvre, cf. *infra*.

⁵⁹³ Cf. *infra*.

⁵⁹⁴ V. CA Versailles, 21 janv. 2010, RG n° 08/08085. En l'espèce, une clause prévoyait – en anglais, mais la traduction n'est pas contestée par les parties – que « *le présent contrat entrera en vigueur en mai 2004 pour une durée de 3 ans. Il pourra être résilié par toute partie moyennant un préavis écrit de 3 mois adressé à l'autre partie* ». Une des parties mit en œuvre cette disposition avant l'expiration des trois années prévues. Le cocontractant porta alors l'affaire en justice, estimant que ladite clause ne permettait pas de sortir de manière anticipée mais se contentait d'organiser la fin de la relation à l'expiration du terme. Sur le fondement de l'article 1156, et à la lumière de l'ensemble des éléments produits au cours de la procédure (projet de contrat, correspondance...etc.), la Cour décida que, « *rapprochée de la commune intention des parties de s'engager sur une période de trois ans, la seconde phrase de l'article 14 a) qui ne mentionne pas la faculté de rompre unilatéralement le contrat avant son terme de trois ans, n'a pas pour effet de permettre à chaque partie de résilier de façon anticipée ce contrat, mais seulement de prévoir après l'arrivée du terme, les modalités de résiliation du contrat par l'une ou l'autre des parties* ». Si cette analyse n'est pas exempte de critiques, on voit bien les conséquences d'une rédaction peu soignée.

⁵⁹⁵ CA Versailles, 21 janv. 2010, précité.

l'obligation »⁵⁹⁶. En matière de contrats d'adhésion, l'adhérent, surtout lorsqu'il est consommateur, sera donc favorisé⁵⁹⁷, le juge ne recourant qu'en apparence à la commune intention des parties pour, en fait, se livrer à un certain rééquilibrage de la relation contractuelle⁵⁹⁸.

281. Comment alors, dans ce cadre, envisager la possibilité d'une stipulation tacite par les parties ? S'il est vrai, comme il a déjà été dit ci-dessus, qu'en théorie rien ne s'oppose à une telle forme de prévision, la pratique montre cependant bien la méfiance du juge à l'égard de la clause résolutoire, lequel n'hésite pas à apprécier la situation contractuelle dès lors que la rédaction « bancaire » de la clause le lui permet. Pourtant certains auteurs ont pu estimer que l'existence de clauses résolutoires tacite devrait pouvoir être reconnue⁵⁹⁹. Toutefois, comme le relèvent Messieurs les Professeurs Ghestin, Jamin et Billiau⁶⁰⁰, il convient de « *se montrer réservé à l'égard d'une telle analyse* » et ce pour plusieurs raisons. La première, d'ordre pratique, est qu'il sera bien difficile pour le créancier, une fois le juge saisi par le débiteur, de prouver l'existence d'une telle disposition. Le tribunal devra procéder à une recherche qui « *risque d'avoir un caractère divinatoire* »⁶⁰¹. Ainsi, quand bien même le juge apprécierait « *l'économie du contrat* », comme le préconise certains auteurs⁶⁰², cela ne permettrait pas généralement selon nous

⁵⁹⁶ V. Cass. com., 27 mars 2007, n° 05-12.999, *inédit* : En l'espèce, les parties avaient prévu que les contrats étaient souscrits pour une durée déterminée d'un an et que, renouvelables par tacite reconduction, ils pouvaient être résiliés « *au gré des parties avec préavis de trois mois* ». Une résiliation eu lieu en dehors du terme annuel, sortie dont la validité fut critiquée par le cocontractant estimant que la durée d'un an pour les contrats reconduits était obligatoire et que la faculté, en définitive, était celle d'empêcher le renouvellement. La Cour de cassation ne reçut pas cette argumentation et confirma la décision des juges du fond : « *qu'ayant énoncé qu'aux termes de l'article 1162 du code civil, la convention doit s'interpréter contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, la cour d'appel en a déduit, par une interprétation souveraine des termes des actes que leur ambiguïté rendait nécessaire, que la résiliation des contrats reconduits était autorisée à tout moment* ».

⁵⁹⁷ V. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, précité, n° 242 et s. V. d'ailleurs l'article L. 133-2 du Code de la consommation reprenant ce principe. V. à ce sujet M. LAMOUREUX, *L'interprétation des contrats de consommation*, D. 2006, p. 2848 et s.

⁵⁹⁸ En ce sens v. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 172, p. 207.

⁵⁹⁹ V. dans ce sens J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, art. cit. ; J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1954, p. 666, n° 1 ; R. DEMOGUE, obs. sous Cass. req., 3 mai 1937, préc. *Adde*, P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, préf. P. Raynaud, n° 206, p. 175.

⁶⁰⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 617, p. 658.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Ces auteurs s'appuient essentiellement sur un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence décidant, pour que la résolution échappe au droit commun représenté par l'article 1184 du Code civil, qu'il faut « *qu'il se dégage clairement de l'économie du contrat que les parties ont entendu soustraire le sort de la résolution à l'appréciation du juge* ». Un auteur avance ainsi comme exemple un contrat donnant naissance à une obligation qui « *devait, en raison de sa nature, être exécutée dans un temps limité que le débiteur a laissé passé* » (J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, art. cit.). Cela ne mettra en

de démontrer la volonté des parties de déroger au droit commun de la résolution. Ensuite, cette nature tacite ne semble pas compatible avec l'attitude des juges à l'égard de la clause résolutoire : comment concilier cette possibilité avec le caractère restrictif de l'interprétation dont la clause résolutoire fait l'objet⁶⁰³ ? Les auteurs, enfin, avancent que la prévision tacite de la clause « *s'accorde mal avec le fait que la résolution conventionnelle déroge au droit commun de la résolution pour inexécution* »⁶⁰⁴. Nous sommes tentés de nous rallier sans aucune objection à ces idées et constatons, à tout le moins, l'absence de reconnaissance de l'existence d'une clause résolutoire tacite par la jurisprudence. Au contraire, la Cour de cassation a déjà précisé clairement que « *si le créancier en faveur duquel la clause est inscrite tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge pour statuer sur la sanction que l'inexécution doit entraîner, il doit l'exprimer formellement* »⁶⁰⁵.

282. Pourtant, l'évolution de la jurisprudence nous oblige à formuler quelques réserves ; en effet, la Cour de cassation a admis depuis un certain moment maintenant que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin [...]* »⁶⁰⁶ de manière extrajudiciaire. C'est dire qu'en cas de comportement grave du débiteur le créancier pourrait rompre le contrat sans faire appel au juge, et ce peu importe la durée prévue. Certes, les auteurs sont divisés quant à la nature exacte que doit revêtir la faute du débiteur et même à propos de la nature de ce mécanisme⁶⁰⁷, mais on peut envisager qu'il puisse s'agir d'une inexécution contractuelle que les parties peuvent, à la formation du contrat, prévoir comme cause de résolution de leur engagement par la stipulation d'une clause résolutoire. Si nous relevions l'incompatibilité entre la possibilité d'une clause tacite, d'une part, et l'interprétation que fait la jurisprudence de la clause résolutoire, d'autre part, force est de s'interroger : n'existe-t-il pas un certain paradoxe dans le fait d'interpréter de manière stricte les clauses résolutoires, alors que l'on permet

lumière selon nous, tout au plus, que l'existence éventuelle d'un terme implicite que l'on ne peut confondre avec une clause résolutoire.

⁶⁰³ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat, op.cit., loc. cit.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Rapport de la Cour de cassation* 1988, doc. fr., 1989, p. 194, n° 1.

⁶⁰⁶ V. déjà Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 300 ; *D.* 1999, somm. comm., p. 115, obs. P. DELEBECQUE ; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *JCP éd. G* 1999, II, 10133, note RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, art. 36953, n° 17, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 506, obs. J. RAYNARD. V. également Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *Bull. civ.*, I, n° 211 ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. AYNES et p. 277, obs. D. MAZEAUD ; *JCP éd. G* 2004, II, 10108, note C. LACHIEZE ; *Defrénois* 2004, art. 37894, n° 24, obs. R. LIBCHABER ; *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 4, obs. L. LEVENEUR. V. encore Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2007, n° 06-12426, *inédit*.

⁶⁰⁷ *Cf. supra.*

peut-être par ailleurs une rupture sans qu'elle ne fût prévue par les parties et sans recours au juge ? Si le principal argument à l'appui de la méfiance envers les clauses résolutoires est celui de leur dérogation au droit commun, cette évolution de la jurisprudence concernant la faculté de rompre unilatéralement le contrat semble sensiblement l'atténuer. D'autant plus que, si l'on envisage la situation du débiteur, il pourrait être plus protecteur à son encontre, nous semble-t-il, d'admettre l'existence puis l'efficacité de la mise en œuvre d'une clause résolutoire mal rédigée – le débiteur aura eu peut-être connaissance de cette clause – plutôt qu'octroyer un droit général de rupture de la relation au profit du créancier. En définitive, et par-delà ces considérations, c'est davantage l'utilité de la clause résolutoire, de par les exigences quant à la précision de sa rédaction, qui paraît être remise en cause.

283. En ce qui concerne les autres types de clauses de sortie, il semble difficile d'envisager une stipulation tacite⁶⁰⁸. Comment, dans une convention qui ne prévoirait aucune faculté de ce type, pourrait-on « extraire » la volonté des contractants de se ménager une porte de sortie telle que la possibilité de rompre la relation en cas de survenance d'un événement différent d'une inexécution contractuelle. La force obligatoire s'oppose ici en principe à ce que l'on mette fin au contrat pour une raison que l'on peut qualifier de trop subjective : étant donné qu'il serait déjà difficile de révéler la volonté tacitement exprimée des parties de permettre la rupture en cas d'inexécution, fait pourtant empreint d'une certaine objectivité⁶⁰⁹, il apparaît incongru de rechercher dans cette même « commune intention des parties » les traces d'un désir de lier la fin de la relation à des événements différents de ce que l'on peut attendre de son débiteur en termes d'exécution. Ce désir, s'il n'est pas formellement contractualisé et objectivé, aura du mal à être révélé ; il nous semble de plus dangereux de procéder à une telle recherche, sauf à risquer de porter sérieusement atteinte à la force obligatoire des conventions. Si un débiteur peut – doit – logiquement s'attendre à une réaction du créancier en cas de défaillance dans l'exécution, quand bien même il y aurait à redire sur cette inexécution et/ou sur les conséquences à lui donner, on ne peut non moins logiquement lui imposer la fin de la relation du fait de la survenance d'un événement extérieur.

⁶⁰⁸ V. dans ce sens B. TEYSSIE, *Les clause de résiliation et de résolution*, art. cit., loc. cit.

⁶⁰⁹ Il « suffit », en grossissant le trait, de savoir s'il y a eu *exécution satisfaisante* ou non.

284. On peut toutefois signaler quelques décisions ayant reconnu la mise en place tacite d'un droit de sortie. La première affaire⁶¹⁰ concerne une clause de déchéance du terme⁶¹¹ incluse dans un contrat de prêt, dont l'exécution était garantie par des cautions. On sait alors que la déchéance du terme prononcée par le créancier à l'encontre de l'emprunteur n'est en principe pas opposable à la caution⁶¹², laquelle bénéficie toujours du terme prévu⁶¹³. Il n'en va différemment que s'il a été prévu à l'acte de cautionnement que la déchéance éventuellement prononcée à l'encontre du débiteur principal s'étend à la caution qui devra alors rembourser immédiatement l'entière créance⁶¹⁴. Pour autant, en l'espèce, la Cour de cassation a confirmé la décision des juges du fond ayant retenu que « *les cautions se sont engagées à payer les sommes dues par la société débitrice principale après avoir pris connaissance des clauses du contrat de prêt, en particulier la clause de déchéance du terme en cas de non respect des échéances et qu'il s'ensuit qu'elles ont tacitement accepté de payer dès la déchéance du terme* ». Dans une seconde affaire⁶¹⁵, les juges ont reconnu la possibilité d'une « *volonté tacite* » sur l'exclusion d'un associé franchiseur du capital d'un distributeur en cas de résiliation des relations contractuelles de distribution, eu égard à l'existence d'« *un ensemble contractuel indivisible* »⁶¹⁶ et aux usages en vigueur dans les réseaux de distribution.

285. On voit alors que ces « entorses » à l'exigence de prévision expresse d'une clause dérogatoire ont eu lieu dans le cadre de contentieux portant sur un ensemble

⁶¹⁰ Cass. com., 13 mai 2003, *RJDA* 2003, comm. n° 1248.

⁶¹¹ Cf. *supra*.

⁶¹² La solution se justifie au regard des articles 1134 et 2292 du Code civil (anc. 2015) : la caution s'est engagée en considération du terme et la déchéance prononcée à l'encontre du débiteur par le créancier, qui intervient pour des raisons attachées au lien contractuel les unissant, n'a pas à produire d'effets sur la relation personnelle entre le créancier et la caution. Par exception en matière cambiaire, les garants du tiré en redressement ou en liquidation, en cessation des paiements ou en cas de saisie de ses biens demeurée infructueuse, peuvent être poursuivis par le porteur puisque celui-ci, selon l'article L. 511-38, I, 2°, du Code de commerce peut agir à l'encontre des « *autres obligés* ».

⁶¹³ La jurisprudence est constante, Cass. req., 3 juill. 1890, *S.* 1890, 1, p. 445 ; *DP* 1891, 1, p. 5, note M. PLANIOL ; Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1976, *Bull. civ.*, I, n° 415 ; *JCP éd. G* 1977, II, 18611, concl. contr. GULPHE ; *D.* 1977, IR, p. 148 ; *Defrénois* 1977, art. 31462, p. 921, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 79 ; *JCP éd. G* 1993, I, 3680, n° 5, obs. P. SIMLER ; Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-11.689, *inédit* ; v. encore récemment CA Metz, 17 mars 2009, *JurisData* n° 2009-002463.

⁶¹⁴ V. par exemple Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1984, *Bull. civ.*, I, n° 290 ; Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 236 ; *JCP éd. G* 1988, IV, 336 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 375, note E. M. BEY ; Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1998 ; *Bull. civ.*, I, n° 172 ; *JCP éd. G* 1998, IV, 2468 ; *JCP éd. N* 1998, p. 1667, comm. S. PIEDELIEVRE ; Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2006, *Bull. civ.*, I, n° 556 (1^{er} moyen) ; CA Bordeaux, 12 févr. 2008, *JurisData* n° 2008-357063.

⁶¹⁵ CA Grenoble, 16 sept. 2010, *JCP éd. G* 2011, 273, note P. MOUSSERON ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 125, note M.-L. COQUELET. V. déjà auparavant Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, *Bull. civ.*, I, n° 254 ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 572, note P. RUBELLIN ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 25, obs. R. MORTIER ; *JCP éd. E* 2009, 1767, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁶¹⁶ Sur cet aspect de la sortie, cf. *infra*.

contractuel : le nombre de stipulations, comme l'existence d'une certaine indivisibilité liée à l'objectif poursuivi dans le cadre de l'opération globalement appréciée, facilitent la révélation de ce qui n'est pas écrit. Cependant, pour les autres types de relation contractuelle comme en présence d'un ensemble contractuel, les parties feront bien de prévoir et de rédiger correctement les clauses de sortie ; car même si leur nature exorbitante tend à être remise en cause, dans certains cas seulement d'ailleurs, il n'en demeure pas moins une certaine méfiance à leur rencontre, soupçon qui imprègne leur régime et donc leur efficacité.

SECTION 2 L'accord de volonté imposé, condition de validité du contrat

286. Nous avons déjà vu que le législateur a octroyé de nombreuses facultés permettant à un contractant, désintéressé du contrat et méritant d'être protégé, de sortir de la relation⁶¹⁷. En marge de cette méthode de protection, « classique » sommes-nous tentés de dire, il existe un autre procédé consistant à imposer aux parties, à peine de nullité du contrat, de prévoir une possibilité d'évasion. La différence réside alors dans les moyens d'accomplir cette protection : dans les deux cas, certes, la faculté existera, mais l'obligation de *prévoir* la faculté implique en principe celle d'en négocier le contenu, partant et surtout, celle d'en informer le partenaire contractuel lors de la formation de la relation. L'« octroi légal », quant à lui, n'impose pas cette information, car *nul n'est censé ignorer la loi*⁶¹⁸, mais il définit directement le contenu de la faculté.

287. On retrouve alors la distinction entre les deux aspects d'une clause : contenant, structure matérielle intégrée au contrat, et contenu, création intellectuelle d'une norme. L'« octroi légal » impose aux contractant l'existence d'une faculté alors que l'obligation de prévoir leur impose la prévision du contenant ; ce qui implique alors bien évidemment l'existence d'un contenu... mais lequel ? Est-il efficace, en terme de protection, d'imposer ainsi la prévision d'un contenant sans contenu ? Afin d'illustrer cette tendance légale et d'apporter des éléments de réponse, notre attention se portera

⁶¹⁷ Cf. *supra*.

⁶¹⁸ Réserveons toutefois le procédé imposant la reproduction d'article de loi traitant des conditions de résiliation. V. par ex. l'article L. 121-33 du Code de la consommation, relatif au contrat conclu à la suite d'un démarchage ou encore l'article L. 444-8 du Code de l'éducation relatif au contrat d'enseignement privé à distance.

successivement sur le contrat de crédit-bail immobilier (§1) et sur le contrat d'intégration agricole (§2).

§1 L'exemple du contrat de crédit-bail immobilier

288. L'opération de crédit-bail immobilier est, selon l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail⁶¹⁹, le contrat par lequel « *une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire* »⁶²⁰.

289. L'article 1^{er}-2 de la loi du 2 juillet 1966, intégré désormais au Code monétaire et financier à l'article L. 313-9, dispose en son alinéa second que les contrats de crédit-bail immobilier « *prévoient, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur* ». Et cette nullité, relative⁶²¹, atteint bien entendu l'ensemble du contrat⁶²². Il s'agit, à notre connaissance d'une des rares dispositions du droit français imposant la *prévision* par les parties d'une faculté de sortie, en l'occurrence – et sans surprise – la « *résiliation* », au bénéfice d'un contractant visé particulièrement⁶²³, ici le preneur au crédit-bail. Il existe bien d'autres dispositions légales relatives à la sortie d'un ou des contractant(s), cependant le législateur impose en ces cas le contenu même de l'éventuelle prérogative contractuelle

⁶¹⁹ JO, 3 juillet 1966, p. 5652. Cette loi fut complétée et modifiée par l'ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967 (JO, 29 septembre 1967, p. 9595).

⁶²⁰ Cette disposition est reprise désormais par l'article L. 313-7, 2° du Code monétaire et financier.

⁶²¹ Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 2001, *Bull. civ.*, III, n° 39 ; *JCP éd. E* 2001, p. 927 : « *ayant relevé, à bon droit, que la nullité du contrat de crédit-bail immobilier édictée par l'article 1-2, alinéa 2, de la loi du 2 juillet 1966 relatif aux conditions de résiliation anticipée des conventions à la demande du crédit preneur est une nullité relative, et justement retenu que [la personne morale associé de la société civile immobilière crédit-preneur] n'était pas poursuivie sur le fondement du contrat de crédit-bail mais qu'elle était tenue [des dettes sociales] sur le fondement de l'obligation résultant de sa qualité d'associé, la cour d'appel en exactement déduit que [cet associé] n'était pas recevable à remettre en cause le contrat de crédit-bail immobilier* ».

⁶²² Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, *Bull. civ.*, III, n° 81 ; *JCP éd. G* 1989, II, 21171, note E.-M. BEY.

⁶²³ Comme nous le verrons ci-dessous, d'après l'article L. 326-6 du Code rural, les parties à un contrat d'intégration agricole doivent également en prévoir les conditions de résiliation ; mais il n'est pas légalement imposé que la prérogative soit octroyée au bénéfice de l'un d'eux précisément et exclusivement.

envisagée⁶²⁴. Il s'agit de l'octroi d'une faculté de sortie. En matière de crédit-bail immobilier, les parties sont en fait renvoyées dos à dos : elles maîtrisent quelque peu le contenu, mais le contenant leur est imposé, « *à peine de nullité* » de leur contrat. Il s'agit de l'obligation de prévoir une faculté.

290. A l'origine, la loi de 1966 ne contenait pas toutes ces précisions, qui portent tant sur la définition de l'opération de crédit-bail immobilier que sur son régime et en particulier sur la faculté du preneur de résilier la convention et sur les conditions l'encadrant. Il est alors apparu nécessaire au pouvoir réglementaire d'ordonner des modifications de la loi⁶²⁵ ; à la lecture du rapport présenté au Président de la République à cette occasion⁶²⁶, et en ce qui concerne le régime – surtout la rupture –, on ne sait trop pourquoi d'ailleurs⁶²⁷.

291. En fait, il semble qu'il y ait eu une tentative d'assimilation du crédit-bail immobilier au bail commercial – à tout le moins une question soulevée – en ce qui concerne l'applicabilité au premier du régime du second. Cela vient du fait que l'opération de crédit-bail immobilier implique pour le crédit-bailleur de reconnaître au preneur la jouissance d'un immeuble à usage commercial. Il a donc été dans l'idée des pouvoirs publics de « *lever les sérieux obstacles que présentaient certaines dispositions de la législation sur les baux commerciaux et industriels qui, appliqués aux contrats de crédit-bail, empêchaient une exécution de la convention conforme aux buts économiques poursuivis par les parties* »⁶²⁸. D'où l'introduction de l'article 1^{er}-2 précité à la loi de 1966, lequel énonce tout d'abord que les « *dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article 3-1 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 [...], ne sont pas applicables aux contrats de crédit-bail immobilier* » : le crédit preneur n'a donc pas la faculté de résilier unilatéralement le crédit-bail à l'expiration de chaque période triennale ; mais était-il réellement nécessaire d'apporter une telle précision ? Nous sommes tentés, à

⁶²⁴ Cf. *supra*.

⁶²⁵ Ordonnance n° 67-837 du 28 septembre 1967, précitée.

⁶²⁶ JO, 29 septembre 1967, p. 9596, préc.

⁶²⁷ On peut lire une justification de la modification de la définition de l'opération dans ce rapport : « *l'examen des demandes d'enregistrement présentées à la suite de l'entrée en vigueur de la loi [de 1966] a permis de constater que les dispositions définissant les opérations de crédit-bail immobilier étaient insuffisamment précises et s'appliquaient difficilement à de nouvelles techniques d'intervention utilisant notamment le bail à construction ou le bail emphytéotique* ». Et les rapporteurs de poursuivre « *il est apparu nécessaire de préciser la définition des opérations de crédit-bail immobilier en la distinguant de celle des opérations de crédit-bail mobilier* ».

En revanche, concernant la précision du régime, on doit se contenter de peu : « (...) *cette ordonnance tend à préciser le régime juridique des opérations de crédit-bail* ».

⁶²⁸ A. SOLAL, *Le crédit-bail immobilier*, AJPI 1974, p. 89 ; v. ég. p. 98.

l'instar d'un auteur, de répondre par la négative tant « *la nature originale du crédit-bail devrait suffire à exclure l'application du décret du 30 septembre 1953* »⁶²⁹. Pire encore, cette disposition « *ambiguë* »⁶³⁰ n'a fait que relancer le débat sur l'applicabilité du régime des baux commerciaux dans la mesure où l'article 1^{er}-2 n'exclue littéralement que l'application des deuxième et troisième alinéas de l'article 3-1 du décret du 30 septembre 1953. Est-ce donc à dire, par une interprétation *a contrario*, que le reste du statut est applicable⁶³¹ ? Si la question est aujourd'hui réglée, dans le sens de l'inapplicabilité dudit régime⁶³², nous comprenons les hésitations de l'époque, consécutives surtout à l'ordonnance de 1967.

292. L'obligation légale de prévoir, sous peine de voir la convention annulée, une faculté de résiliation au profit du preneur, est alors en quelque sorte instituée en « *contrepartie de la soustraction du crédit-bail immobilier au statut des baux commerciaux et plus précisément au bénéfice du droit de résiliation triennale du preneur [...] que l'on ne pouvait admettre dans un contrat de financement de longue durée (de 10 à 20 ans)* »⁶³³. Mais cela ne nous semble être qu'une justification de façade. Pourquoi alors imposer une telle obligation ? La question est en fait double : pourquoi permettre au preneur de se libérer de la relation de manière anticipée ? Pourquoi, ensuite, ne pas régler légalement et précisément les conditions de cette résiliation ? La réponse a les mêmes caractères : pour la protection d'une partie, *a priori* engagée pour une longue durée étant donnée la nature de l'opération envisagée⁶³⁴, tout en évitant de léser l'autre partie – il s'agit de financement, il n'est donc pas dans l'intérêt du commerce de faire fuir les dispensateurs de crédit –, laquelle peut aménager les conditions et conséquences de l'exercice de cette prérogative par son cocontractant. En d'autres termes, il s'agissait pour le législateur « *de rétablir un certain équilibre au profit du crédit-preneur en lui permettant de résilier son contrat de crédit-bail sans attendre l'ouverture de l'option*

⁶²⁹ Y. GUYON, *Les conventions conférant la jouissance d'un local commercial sans entraîner l'application du décret du 30 septembre 1953*, JCP éd. G 1974, I, 2628, spéc. n° 10.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ *Ibid.* V. encore par ex. A. SOLAL, *Le crédit-bail immobilier*, art. cit. ; J.-P. CALON, *Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux*, JCP éd. CI 1977, II, 12335 et les références citées.

⁶³² V. Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 1980, *Bull. civ.*, III, n° 113 ; *D.* 1980, p. 566, note Y. GUYON ; JCP éd. G 1981, II, 19655, note E. M. BEY ; *RTD com.* 1982, p. 249, obs. M. PEDAMON ; Cass. 3^{ème} civ., 7 mai 1997, *Bull. civ.*, III, n° 99, p. 66 ; *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 144, obs. L. LEVENEUR.

⁶³³ E. COHEN, *Une crise juridique dans le crédit-bail immobilier : la faculté de résiliation unilatérale du crédit-preneur et la nullité du contrat*, *Gaz. Pal.* 1996, doctr., p. 975.

⁶³⁴ V. dans ce sens A. SOLAL, *Le crédit-bail immobilier*, art. cit., p. 98 ; G. PRONIER, *La clause de résiliation anticipée dans un contrat de crédit-bail immobilier*, *Rapport de la Cour de cassation 1998*, La documentation française, p. 123 et s.

*d'achat. Mais il n'était pas question de s'immiscer dans la fixation des modalités de détermination de l'indemnité de résiliation »*⁶³⁵.

293. Que contiennent ces clauses généralement ? Très simplement une possibilité de sortie de la relation avant le terme prévu au contrat – il est par ailleurs également accordé une faculté de levée d'option d'achat anticipée –, laquelle ne pourra intervenir avant une certaine durée d'exécution – en général une dizaine d'années –, moyennant le versement d'une indemnité compensatrice au profit du crédit-bailleur ; et c'est ici que les choses se compliquent, l'objectif de rétablissement de l'équilibre entre les parties s'évanouissant quelque peu dans la nature contractuelle de la relation : le montant de cette indemnité prévue par le crédit-bailleur a suscité et suscite toujours un débat, tant doctrinal que judiciaire, de même que la durée de la période minimale obligatoire.

294. Les crédit-bailleurs ont en effet rapidement usé de la liberté qui leur est laissée par la loi de prévoir une contrepartie en cas de sortie anticipée du crédit-preneur, pour finalement s'assurer de la rentabilité maximum de l'opération, même raccourcie : le montant de l'indemnité, en fait, correspondait à la totalité des loyers restant dus jusqu'à l'expiration du contrat ; et la faculté de résiliation n'était ouverte qu'à l'expiration d'un long délai au regard de la durée prévue pour le contrat. Les crédit-preneurs se sont alors, fort logiquement, soulevés contre cette pratique contractuelle, faite bien entendu de pouvoir négocier sur un pied d'égalité lors de la formation du contrat pour ne pas voir cette clause insérée. Désormais, pour être valable, la clause doit prévoir une faculté de résiliation effective⁶³⁶ : doit être sanctionnée la disposition contractuelle qui, tout en donnant l'apparence de l'existence d'un droit de sortie en faveur du preneur, tend en réalité à l'exécution du contrat résilié dans le seul intérêt, qui plus est, du crédit-bailleur. En d'autres termes, l'indemnité ne doit pas correspondre à la totalité des loyers restant dus⁶³⁷ et la résiliation doit bien entendu pouvoir être exercée avant l'arrivée du terme extinctif.

295. Sans trop anticiper sur la suite de l'étude, nous pouvons bien voir comment la mise en place, fût-elle légale, d'une faculté de sortie n'écarte pas les problèmes qui

⁶³⁵ A. COHEN, *Crédit-bail immobilier, Contentieux*, JurisClasseur Construction – Urbanisme, fasc. 150-20, 2006, n° 2 et n° 3, pp. 3-4.

⁶³⁶ V. à ce sujet N. COHEN-STEINER, *La clause de résiliation anticipée dans le contrat de crédit-bail immobilier*, JCP éd. N 2001, p. 661 et s.

⁶³⁷ Cf. *infra*.

expliquent pourtant son existence : pour rétablir un équilibre, on force les parties à prévoir une possibilité d'évasion ; le problème du déséquilibre semble réglé avec celui de *la mise en place* de la sortie. Seulement, la loi ne va pas, ce qui nous semble heureux en soi, jusqu'à prévoir les modalités et conditions concernant l'exercice de cette faculté. S'en suit alors, et l'on ne saurait reprocher à un contractant cette attitude, une tendance à reprendre – dans les limites de ce que la loi autorise – ce que cette même loi permet incidemment à l'autre partie de leur enlever – une rentabilité maximale, celle originellement prévue –... le problème de la *mise en œuvre* n'est donc pas réglé et participe à recréer le déséquilibre. Un tel procédé de protection d'une partie ne nous paraît dès lors pas vraiment efficace, sauf en ce qu'il force l'information du crédit-preneur⁶³⁸. Il ne semble pas qu'une clause de résiliation, en tout cas imposée de la sorte, permette le rétablissement d'un équilibre. Il s'agit de prendre en compte légalement un intérêt, celui qu'a le crédit-preneur de continuer la relation, tout en laissant une marge de manœuvre au crédit-preneur pour la protection du sien : il y a comme un effet d'annulation, au détriment de l'objectif légal d'équilibre.

§2 L'exemple du contrat d'intégration agricole

296. Après avoir présenté le contrat d'intégration agricole, dont la nature justifie une certaine imposition du contenu contractuel (**A.**), nous traiterons des exigences légales concernant les conditions de sortie d'une telle convention et les sanctions attachées au non-respect de ces prescriptions (**B.**).

⁶³⁸ En effet, cela permet « d'informer le crédit-preneur des conséquences de la résiliation anticipée. Ainsi, mis à l'abri de l'arbitraire futur du crédit-bailleur, le crédit-preneur est à même de connaître, dès la conclusion du contrat, les conséquences de la résiliation et, éventuellement, de refuser de souscrire le contrat ou de connaître le moment qui sera le plus opportun pour exercer la résiliation » (D. PRONIER, *La clause de résiliation anticipée dans un contrat de crédit-bail immobilier*, rapport précité, p. 123).

A. La nature du contrat d'intégration agricole⁶³⁹

297. Suite à l'évolution de l'activité agricole du fait de l'industrialisation, il est apparu nécessaire d'adapter les outils juridiques en la matière ; en effet, d'une part l'agriculture « tend à s'inscrire et à prendre sa place dans des circuits économiques qui sont ceux de l'industrie et du commerce »⁶⁴⁰, d'autre part cette inscription ne s'est pas faite sans abus de la part des entreprises agro-alimentaires « intégratrices », au détriment des producteurs agriculteurs se voyant imposer des conditions contractuelles draconiennes⁶⁴¹, auxquelles ils ne pouvaient cependant qu'adhérer. Clairement, « ces contrats d'intégration visent à procurer à l'intégrateur la mainmise sur l'activité de l'entreprise intégrée, tout en lui évitant de supporter les charges qui s'attacheraient à sa propriété, fût-elle partielle »⁶⁴²

298. Dans un souci de protection de ces acteurs économiques, le régime contemporain du contrat d'intégration a été mis en place par la loi n° 64-678 du 6 juillet 1964 « tendant à définir les principes et les modalités du régime contractuel en agriculture »⁶⁴³, et modifié par la nouvelle loi d'orientation agricole n° 80-502 du 4 juillet 1980⁶⁴⁴ ; cette réglementation protectrice, « qui préfigurait avant l'heure le droit de la

⁶³⁹ J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, JurisClasseur Rural, fasc. 10 ; IDEM, *Dictionnaire permanent entreprise agricole*, V° Contrats d'intégration et Contrats d'élevage ; J. PREVAULT et N. OLSZAK, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Contrat d'intégration en agriculture ; F. FLAMAND, *Les principes contractuels en agriculture (loi du 6 juillet 1964)*, thèse, Paris, 1968 ; B. PUIILL, *Les contrats d'élevage en agriculture*, thèse, Rennes, 1971 ; J. DANET, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, thèse, Paris I, 1982 ; L. LORVELLEC, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002 ; J. MEGRET, *Système contractuel et intégration en agriculture*, D. 1965, chr., p. 15 ; Y. MADIOT, *Les aspects juridiques de la politique contractuelle en agriculture*, Dr. soc. 1969, p. 367 ; G. J. MARTIN, *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, RTD com. 1974, p. 1 ; L. LORVELLEC, *Contrats d'intégration*, RD rur. 1977, 205 ; IDEM, *Le renforcement de la protection en cas d'intégration*, RD rur. 1981, 250 ; IDEM, *Les contrats types d'intégration homologués*, in *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, op. cit., p. 292 ; B. PUIILL, *La complémentarité de l'analyse juridique et de l'analyse économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration en agriculture*, RD rur. 1978, p. 41 ; J.-R. BONNEAU, *L'intégration agricole et la sous-traitance*, Gaz. Pal. 1978, 2, doct., p. 589 ; J. DANET et L. LORVELLEC, *Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration*, D. 1982, chr., p. 211 ; G. PRIVE, *Contribution critique aux méthodes de calcul des restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration*, RD rur. 1995, p. 190 ; IDEM, *Pratique contractuelle et détermination du prix dans les contrats d'intégration en matière d'élevage*, RD rur. 1996, p. 66 ; J. DANET, *L'intégration horizontale*, Gaz. Pal. 7 oct. 2005, p. 25.

⁶⁴⁰ F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 904, p. 909.

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² F. De BOUARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, Bibl. de l'Institut A. Tunc T. 13, préf. G. Viney, LGDJ, 2007, n° 1, p. 1.

⁶⁴³ V. D. 1964, lég., p. 227.

⁶⁴⁴ V. D. 1980, lég., p. 250.

consommation »⁶⁴⁵, est désormais contenue dans le Code rural, aux articles L. 326-1 à L. 326-10⁶⁴⁶.

299. Le premier de ces articles dispose que sont « *réputés contrats d'intégration tous contrats, accords ou conventions conclus entre un producteur agricole ou un groupe de producteurs et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales comportant obligation réciproque de fournitures de produits ou de services* ». Le texte précise encore que sont « *également réputés contrats d'intégration les contrats, accords ou conventions séparés conclus par une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales avec un même producteur agricole ou un même groupe de producteurs, et dont la réunion aboutit à l'obligation réciproque mentionnée à l'alinéa précédent* ». Les articles L. 326-4 et L. 326-5 du même Code imposent, quant à eux, la substitution d'un contrat collectif à un ensemble de contrats individuels entre des producteurs et une même entreprise industrielle ou commerciale dans certains cas ; lequel contrat devra être conforme au contrat type⁶⁴⁷ fixant dans un secteur de production donné les obligations réciproques des parties en présence. D'après l'article L. 326-1 précité, pour être qualifiée de contrat d'intégration agricole⁶⁴⁸, la convention doit donc, d'une part, lier un « *producteur agricole* » ou un « *groupe de producteurs* » à « *une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales* » et doit, d'autre part, comporter « *une obligation réciproque de fourniture de produits ou de services* ».

300. Nous ne nous attarderons pas sur la notion de « producteur agricole » sauf à préciser que l'éventuelle qualité de commerçant de ce producteur ne l'empêche pas de bénéficier du régime protecteur des contrats d'intégration⁶⁴⁹. Il suffit donc qu'il y ait exercice d'une activité de production agricole⁶⁵⁰, ce qui n'est pas le cas de l'éventuel

⁶⁴⁵ F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁴⁶ Et pour la partie réglementaire aux articles R. 326-1 à R. 326-10.

⁶⁴⁷ Sur lesquels v. L. LORVELLEC, *Les contrats types d'intégration homologués*, *art. cit.*

⁶⁴⁸ V. les synthèses de F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 905 et s., p. 910 et s. J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, JurisClasseur Rural, fasc. 10, n° 8 à n° 70.

⁶⁴⁹ Il se peut, en effet, que l'activité d'un éleveur revête un caractère commercial. La qualité de producteur agricole au sens de la loi du 6 juillet 1964 n'en sera pas exclue pour autant, pourvu que ce soit la seule activité commerciale exercée par cette personne : Cass. 1^{ère} civ., déc. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 328 ; *RD rur.* 1988, p. 137 ; *D.* 1988, IR, p. 2 ; v. encore Cass. 1^{ère} civ., 12 juil. 1994, pourvoi n° 92-13080. La Cour rappelle clairement dans cette espèce que « *la loi du 6 juillet 1964 [...] n'exclut pas de son champ d'application les producteurs ayant la qualité de commerçants* ».

⁶⁵⁰ L'article L. 311-1 du Code rural dispose à ce sujet que « [...] *sont réputées agricoles toutes les activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle* ». Comme le précise J. DANET, cette « *définition légale n'entre pas en conflit avec le terme de "producteur agricole" utilisé à l'article L. 326-1 qui a toujours été interprété en ce sens par la jurisprudence de la Cour de cassation* ».

intermédiaire entre un producteur et une entreprise⁶⁵¹ La qualité d'« entreprise industrielle ou commerciale » a quant à elle suscité davantage de difficultés⁶⁵². La question s'est en effet posée de savoir si les relations contractuelles nouées entre les producteurs et les coopératives agricoles pouvaient être considérées comme des contrats d'intégration au sens de l'article L. 326-1 du Code rural ; interrogation légitime, dans la mesure où les producteurs agricoles n'ont pu que constater que les contrats passés avec ces coopératives sont du même type que ceux conclus avec les firmes agroalimentaires. S'opposèrent ainsi deux notions : « intégration » et « coopération ».

301. Du traitement de cette opposition, par la jurisprudence tout d'abord, dépendait l'application du régime impératif protecteur de la loi du 6 juillet 1964. La Cour de cassation a alors pris position⁶⁵³ et « a toujours écarté la qualification de contrats d'intégration, car l'idée de dépendance économique que ce terme véhicule est étrangère à l'idée même de coopération »⁶⁵⁴. Le législateur ensuite est venu confirmer partiellement cette solution, par la loi du 4 juillet 1980⁶⁵⁵ : une disposition désormais codifiée à l'article L. 326-5 du Code rural prévoit explicitement que ne sont pas considérées comme des contrats d'intégration les conventions passées entre une coopérative et ses adhérents⁶⁵⁶. L'intégration « horizontale »⁶⁵⁷ réalisée, ce que l'on ne peut nier, n'appelle pas la protection prévue par l'article L. 326-1, laquelle est envisagée essentiellement dans le cadre de relations « verticales »⁶⁵⁸. Le législateur de 1980 a toutefois réservé le cas de relations existant entre coopératives agricoles et producteurs non-adhérents, réduisant ainsi « la portée du mythe coopératif »⁶⁵⁹ développé par la jurisprudence, pour lesquelles le régime des contrats d'intégration doit s'appliquer⁶⁶⁰.

⁶⁵¹ V. pour un rappel Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2000, pourvoi n° 98-21374, *inédit* (négociant en bestiaux traitant avec un fabricant d'aliments pour animaux).

⁶⁵² V. pour une analyse J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, JurisClasseur Rural, fasc. 10, n° 15 à n° 25.

⁶⁵³ V. en dernier lieu Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1979, *Bull. civ.*, I, n° 139 ; *RD rur.* 1980, p. 542.

⁶⁵⁴ L. LORVELLEC, *L'agriculteur sous contrat*, in L. LORVELLEC, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, *op. cit.*, p. 339.

⁶⁵⁵ Loi d'orientation agricole n° 80-502 du 4 juillet 1980, précitée.

⁶⁵⁶ V. en dernier lieu, pour un rappel depuis l'adoption de la disposition, Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2003, *PA* 8 déc. 2003, n° 244, p. 16, note G. PIGNARRE.

⁶⁵⁷ V. à ce sujet J. DANET, *L'intégration horizontale*, *art. cit.*

⁶⁵⁸ V. en ce sens. F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 905, p. 910.

⁶⁵⁹ L. LORVELLEC, *L'agriculteur sous contrat*, *art. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁶⁰ V. pour une application CA Rennes, 21 février 1997, *JurisData* n° 1997-040812 et l'arrêt faisant suite au pourvoi, n'infirmand pas la décision des juges du fond sur ce point : Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 303.

302. Malgré l'intervention du législateur en la matière, le problème de la qualité des parties n'est pas complètement réglé. Il demeure en effet des interrogations⁶⁶¹ quant à la possibilité, par exemple, de faire bénéficier un producteur agricole du régime des contrats d'intégration pour ses relations contractuelles avec un groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC). La cour d'appel de Rennes⁶⁶², à ce sujet, avait cru bon d'assimiler une telle convention à un contrat d'intégration alors même que le GAEC ne peut être considéré comme une entreprise industrielle ou commerciale⁶⁶³. La Cour de cassation⁶⁶⁴ est venue logiquement censurer les juges du fond : « *il ne peut exister de contrat d'intégration dans le domaine de l'élevage comme dans les autres secteurs agricoles, qu'entre un producteur agricole et une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales et [...] un GAEC, dont la forme et l'objet sont nécessairement civils, ne saurait être considéré comme constituant une telle entreprise* ». Etant donné qu'il existe incontestablement une intégration et donc une forme de dépendance⁶⁶⁵ dans ces cas, ce que le législateur a précisément voulu encadrer depuis 1964, il est logique que la question lui soit renvoyée et non point résolue par une interprétation artificielle que n'a pas voulu confirmer, à raison, la Haute Cour⁶⁶⁶. Pour correctement prendre en compte l'évolution de la réalité contractuelle, il suffirait, et l'objectif d'un tel régime paraîtrait respecté, de définir l'intégration – celle qui est une source d'abus – par le double constat de l'exercice d'une activité agricole par le producteur, d'une part, et d'une relation de dépendance – appelant une protection – que révèle d'autre part la nature des obligations créées par le contrat⁶⁶⁷.

303. Concernant ce deuxième critère de qualification, celui de la nécessité pour ces contrats de comporter « *obligation réciproque de fournitures de produits ou de*

⁶⁶¹ Comme par exemple les difficultés d'interprétation concernant les relations entre les producteurs agricoles et les sociétés d'intérêt collectif agricole (SICA) ou entre ces mêmes producteurs et les organismes de certification. V. J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, JurisClasseur Rural, fasc. 10, spéc. n° 19 à n° 22. V. CA Rouen, 11 mai 2004, *RD rur.* 2004, p. 626, obs. D. CHEDOZEAU.

⁶⁶² CA Rennes, 2 mars 2001, *RD rur.* 2001, p. 487. V. les remarquables développements de J. DANET précédant le texte de la décision : *Un GAEC peut-il « intégrer » une EARL ?*, *RD rur.* 2001, p. 474 et s.

⁶⁶³ Ces juges du fond s'appuyaient pour cela sur une interprétation de l'article L. 326-2 du Code rural concernant l'activité d'élevage, lequel ne reprend pas les termes d'« entreprises industrielles ou commerciales », pour en tirer des motifs, sinon aberrants, à tout le moins curieux ; v. les observations critiques de J. DANET, *Un GAEC peut-il « intégrer » une EARL ?*, *art. cit.*

⁶⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 106. La Cour confirme ainsi, s'il était besoin, les développements de J. DANET (*Un GAEC peut-il « intégrer » une EARL ?*, *art. cit.*).

⁶⁶⁵ Celle-ci résultant de la nature des obligations contractées.

⁶⁶⁶ V. en ce sens, J. DANET, *L'intégration horizontale*, *art. cit.*

⁶⁶⁷ *Ibid.*

services »⁶⁶⁸, l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite est depuis 1976 relativement stable. Elle a été, qui plus est, confirmée par le législateur en 1980, ce qui nous permet ainsi un exposé assez sommaire⁶⁶⁹. Un arrêt important⁶⁷⁰ est en effet venu combler un manque flagrant de protection à l'endroit de certains producteurs agricoles : par la lecture stricte de la disposition précitée, les tribunaux en venaient à exclure l'application du régime protecteur à des relations contractuelles qui, certes, ne comportaient pas l'« obligation réciproque » visée, mais qui étaient tout de même révélatrices d'une certaine dépendance ; car en marge des conventions donnant naissance à ce type d'obligation, tel que le contrat imposant au producteur de se fournir exclusivement auprès de l'intégrateur et à ce dernier d'acheter *in fine* la production du premier, il existe des « formes univoques d'intégration qui expriment des engagements annexes manifestant la **subordination économique** du producteur à l'entreprise agro-alimentaire »⁶⁷¹. L'évolution vint de la prise en compte de cette « subordination économique »⁶⁷², alliée à une interprétation juridique *a contrario* de l'article L. 326-3 du Code rural, d'après lequel les conventions « ne sont pas réputés contrats d'intégration s'ils ne comportent d'autre obligation pour le ou les producteurs agricoles que le paiement d'un prix mentionné au contrat ». La Cour de cassation, le 14 décembre 1976⁶⁷³, a ainsi confirmé la décision des juges du fond ayant qualifié de contrat d'intégration une convention créant obligation pour une firme de « financer l'achat de porcelets et de fournir les aliments nécessaires à leur engraissement » et pour le producteur non seulement de payer le prix⁶⁷⁴, mais également « de nourrir et soigner ces animaux, donc de s'acquitter de divers services ».

304. Et le législateur d'insister, dans la loi précitée du 4 juillet 1980⁶⁷⁵, par l'introduction d'une nouvelle disposition à la loi du 6 juillet 1964 aujourd'hui codifiée à l'article L. 326-2, d'après laquelle « dans le domaine de l'élevage, sont réputés contrats

⁶⁶⁸ Article L. 326-1 du Code rural, précité.

⁶⁶⁹ V. pour une analyse détaillée J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, art. cit., n° 26 à n° 70. Adde, J. PREVAULT et N. OLSZAK, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Contrat d'intégration en agriculture, n° 19 à n° 28.

⁶⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1976, *Bull. civ.*, I, n° 396 ; *RD rur.* 1977, p. 206, obs. L. LORVELLEC ; *D.* 1978, jur., p. 177, note G. CHESNE et E.-N. MARTINE.

⁶⁷¹ F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 905, p. 911 (nous soulignons).

⁶⁷² V. B. PUIILL, *La complémentarité de l'analyse juridique et de l'analyse économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration en agriculture*, art. cit.

⁶⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1976, préc.

⁶⁷⁴ Car il s'agirait alors d'un simple contrat de fourniture –contrat d'entreprise–, dont le contrat d'intégration est une variante. Une obligation de faire doit être à la charge de l'agriculteur (v. F. FLAMAND, *Les principes contractuels en agriculture (loi du 6 juillet 1964)*, op. cit., p. 181).

⁶⁷⁵ Loi d'orientation agricole n° 80-502 du 4 juillet 1980, précitée.

d'intégration les contrats par lesquels le producteur s'engage [...] ou à engraisser des animaux, ou à produire des denrées d'origine animale, et à se conformer à des règles concernant la conduite de l'élevage, l'approvisionnement en moyens de production ou l'écoulement des produits finis ». Sont ainsi considérées comme des contrats d'intégration⁶⁷⁶, les conventions imposant au producteur, outre le paiement d'un prix, le respect de normes techniques de production ou un approvisionnement auprès de la firme ou encore en cas d'existence d'un engagement relatif à l'écoulement des produits⁶⁷⁷. Comme le formulent des auteurs, « *le contrat doit faire apparaître des obligations annexes qui ne participent pas de la nature d'un contrat ordinaire de fourniture de produits ou de services* »⁶⁷⁸. La qualification sera donc écartée s'il s'agit d'une obligation accessoire au paiement du prix⁶⁷⁹, telle que celle de constituer des sûretés ou de respecter certaines modalités de paiement⁶⁸⁰, ou encore celle de payer des intérêts pour les sommes avancées par la firme pour le financement des activités du producteur⁶⁸¹.

305. Il convient de souligner, enfin, que l'intégration peut non seulement s'opérer par la conclusion d'un seul contrat, ce que vise le premier alinéa de l'article L. 326-1 du Code rural, mais également par la conclusion d'un ensemble de conventions⁶⁸², comme le précise le second alinéa de cet article⁶⁸³. Il suffit que cet ensemble aboutisse « *à l'obligation réciproque mentionnée à l'alinéa précédent* » et que les contrats le composant aient été conclus « *dans la perspective l'un de l'autre* »⁶⁸⁴.

306. Qu'il s'agisse d'une intégration « simple » ou résultant d'un groupe de conventions, la relation, formalisée dans le(s) contrat(s), la nature particulière de ce contrat, indéniablement représentatif d'une dépendance économique, semblent guider le

⁶⁷⁶ Sur le fondement, explicite, de l'article L. 326-2 en matière d'élevage, ou par le raisonnement exposé ci-dessus, mêlant d'une heureuse manière « fondement économique » et « raisonnement juridique *a contrario* », pour les autres activités de production agricole.

⁶⁷⁷ V. par exemple Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992, *JurisData* n° 1992-000326 ; *Bull. civ.*, I, n° 36 ; v. ég. Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 378.

⁶⁷⁸ F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux, op. cit., loc. cit.*

⁶⁷⁹ *Ibid* ; v. ég. J. DANET, *Contrats individuels d'intégration, art. cit.*, n° 41-42.

⁶⁸⁰ V. Cass. com., 2 févr. 1976, *RD rur.* 1976, p. 223.

⁶⁸¹ V. Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1978, *RD rur.* 1979, p. 69 ; *JCP éd. G* 1979, II, 19030, note J. PREVAULT.

⁶⁸² V. les développements de J. DANET, *Contrats individuels d'intégration, art. cit.*, n° 56 à n° 70.

⁶⁸³ « *Sont également réputés contrats d'intégration les contrats, accords ou conventions séparés conclus par une ou plusieurs entreprises industrielles ou commerciales avec un même producteur agricole ou un même groupe de producteurs, et dont la réunion aboutit à l'obligation réciproque mentionnée à l'alinéa précédent* »

⁶⁸⁴ J. DANET, *Contrats individuels d'intégration, art. cit.*, n° 58. V. pour une application Cass. 1^{ère} civ., 18 oct. 1978, *Bull. civ.*, I, n° 309 ; v. encore, refusant la qualification, Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1988, *JurisData* n° 1988-003536 ; *Deffrénois* 1989, art. 34528, p. 618, note P. MALAURIE ; *D.* 1989, jur., p. 205, note P. MALAURIE ; *JCP éd. G* 1989, II, 21219, note J. PREVAULT.

législateur ; la prévision est donc censée aménager les pouvoirs respectifs dans ces relations contractuelles. Devront dans ce sens impérativement être respectées certaines prescriptions et notamment celles imposant de prévoir les conditions de résiliation.

B. Les prescriptions légales relatives à la sortie du contrat d'intégration

307. L'article L. 326-5 du Code rural dispose notamment que les clauses « *résolutoires incluses dans les contrats mentionnés aux articles L. 321-1 à L. 321-3, sont nulles, les dispositions correspondantes du contrat type homologué leur sont substituées de plein droit* ». L'article L. 326-6, quant à lui, impose aux parties à un contrat d'intégration de prévoir, entre autres⁶⁸⁵, les conditions de résiliation de cette convention, « *à peine de nullité* ». L'interdiction des clauses résolutoires n'est pas une originalité de la matière puisque ce type de disposition fait souvent l'objet d'une réglementation directe. L'exigence légale de prévoir les conditions de résiliation est une disposition plus marginale. La réunion de ces deux directives du législateur ne l'est pas moins : interdire d'un côté les clauses résolutoires, imposer de l'autre les clauses de résiliation⁶⁸⁶... il convient d'éclaircir, autant que possible, cet imbroglio sur les prérogatives tendant à la sortie de la relation que peuvent contenir ces contrats particuliers.

308. À notre connaissance, les questions relatives à la sortie des contrats d'intégration, et plus précisément aux clauses résolutoires envisagées par l'article L. 326-5 précité, n'ont pas fait l'objet d'un traitement par la jurisprudence⁶⁸⁷. Tout au plus pouvons-nous raisonner par analogie puisque la Cour de cassation a eu, par contre, à connaître d'une clause pénale également visée par cet article⁶⁸⁸. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat pour l'élevage de poulets prévoyant, en son article 7, qu'« *en cas de non respect du planning établi par la société Doux, le producteur encourra une pénalité de*

⁶⁸⁵ En effet, cet article impose également que soient fixés « *la nature, les prix et les qualités de fournitures réciproques de produits ou de services, le rapport entre les variations de prix de fourniture faites ou acquises par le producteur* ». Les clauses d'un tel contrat doivent encore, selon la même disposition, « *mentionner les conditions de durée, de renouvellement, de révision [...]* ».

⁶⁸⁶ Est-ce à dire que le législateur fait ici une distinction entre la « résolution » et la « résiliation » ? Peut-être. Quels peuvent alors être les critères de distinction selon lui ? Est-ce la présence ou non d'un effet rétroactif de la rupture, la raison de la rupture – inexécution ou toute autre raison ? Les contrats types homologués, quant à eux, ne font pas de distinction puisqu'ils n'emploient que le terme « *résiliation* ».

⁶⁸⁷ Non pas qu'il n'y ait pas de problème touchant à la sortie, mais en fait ce contentieux est en quelque sorte absorbé par celui des exigences relatives au prix ou à la durée *stricto sensu*. V. toutefois, pour un exemple de nullité en raison, notamment, de l'absence de prévision d'une clause organisant la résiliation anticipée : CA Angers, 27 oct. 2009, *JurisData* n° 2009-019402.

⁶⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 15 juil. 1999, *JurisData* n° 1999-003078 ; *RD rur.* 2000, p. 235 ; *JCP éd. N* 2000, p. 42, note D. ROCHARD.

0,30 francs par jour par poussin non démarré ». La nature pénale de la clause est évidente, ce qui a conduit la cour d'appel à retenir, sur le fondement de l'article 18 bis de la loi du 6 juillet 1964 – devenu l'article L. 326-5 du Code rural –, « que cette clause qui prévoyait de payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de la convention, constituait une clause pénale, **illicite** »⁶⁸⁹ ; la Cour de cassation confirma cette position. La disposition contractuelle doit donc être réputée non-écrite⁶⁹⁰ et doit lui être substituée la clause correspondante prévue dans le contrat type homologué applicable au secteur, en l'occurrence celui pour la production de volailles de chair à façon⁶⁹¹. Or ce contrat type – qui devait d'ailleurs, d'après l'article L. 326-5, être le contrat applicable en l'espèce bien que la décision ne le précise pas⁶⁹² – ne prévoit pas une telle « sanction » ; en effet, il est prévu, en cas d'inexécution partielle comme le retard, que les parties détermineront le montant de l'indemnité, elles-mêmes ou lors de la procédure de conciliation le cas échéant⁶⁹³. Il semble donc que la peine ne puisse pas être prévue dès la formation de la relation : elle devra faire l'objet d'une évaluation par les cocontractants au moment de l'inexécution⁶⁹⁴.

309. On peut sans risque avancer que la solution serait similaire en présence d'une clause résolutoire. Celle-ci serait écartée de la convention, car illicite, et lui serait substituée la disposition correspondante, si tant est qu'elle existe dans la mesure où seulement deux contrats types ont été homologués : le contrat type pour la production de volailles de chair à façon prévoit la *résiliation* en son article 20 ; celle-ci est bilatérale⁶⁹⁵ et peut être exercée en cas d'inexécution totale de l'une des obligations du contrat par un des cocontractants – art. 20.1 du contrat – ou en cas de mauvais résultats techniques – art. 20.5 –. Le contrat type d'élevage à façon de veaux de boucherie contient à peu de choses

⁶⁸⁹ Nous soulignons.

⁶⁹⁰ V. dans ce sens L. LORVELLEC, *Les contrats types d'intégration homologués*, art. cit., p. 295.

⁶⁹¹ Arrêté du 15 mars 1988 relatif l'homologation d'un contrat type pour la production de volailles de chair à façon, publié au *JO* 6 avril 1988, p. 4548. Un autre contrat type a été homologué par un arrêté du même jour et concerne cette fois l'élevage à façon de veaux de boucherie (*JO* 3 avril 1988, p. 4498). L'on peut alors remercier l'heureux hasard (!) d'avoir fait en sorte que le problème soulevé en l'espèce devant les tribunaux concerne un secteur pour lequel il existe un tel contrat type homologué ! Car, il faut le dire, seulement ces deux contrats ont été homologués ; et ils ne couvrent pas, loin s'en faut, tous les secteurs de production agricole envisageables.

⁶⁹² En effet, selon cet article, un « *an après sa promulgation, le contrat type est applicable à toutes les entreprises agricoles, industrielles et commerciales de la branche concernée* ».

⁶⁹³ Article 17.1 du contrat type.

⁶⁹⁴ En ce sens V. D. ROCHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 juil. 1999, précitée. Comp. L. LORVELLEC, *Les contrats types d'intégration homologués*, art. cit., p. 296.

⁶⁹⁵ Cette bilatéralité est à rapprocher de celle parfois exigée en droit de la consommation et qui tend à devenir un des mécanismes rectificateurs de l'abus dans la fixation des conditions contractuelles par les professionnels. Cf. *infra*.

près les mêmes dispositions – articles 11,a) et b). De manière plus large, ces contrats prévoient également assez précisément les cas de sortie de la relation pour cause de décès, maladie, accident ou encore cas fortuit ou force majeure. Et s'il n'existe pas de « disposition correspondante » faute de contrat type ? La clause sera considérée comme nulle mais il semble qu'aucune disposition ne pourra lui être substituée⁶⁹⁶.

310. Ce mécanisme de protection est quelque peu « déroutant » : d'une part il subsiste un droit de rupture en cas d'inexécution d'une quelconque obligation du contrat ; la bilatéralité ne changeant pas le rapport de force, tout porte à croire que l'entreprise a davantage intérêt à mettre en œuvre la disposition que le producteur, économiquement dépendant⁶⁹⁷. D'autre part, est prévue une sortie en cas de mauvais résultats techniques. Or ces résultats techniques sont fixés par les parties elles-mêmes⁶⁹⁸, lesquelles doivent remplir les clauses laissées en blanc contenues dans le contrat homologué⁶⁹⁹. Il existe ainsi un certain paradoxe : le législateur interdit, d'un côté, les clauses résolutoires, alors que d'un autre côté, non seulement il impose la prévision de clause relatives à la résiliation – que l'on a d'ailleurs du mal à différencier des clauses résolutoires –, mais surtout les contrats types prévoient une « sanction » contractuelle par la sortie ; fût-elle bilatéralement permise, cette disposition peut en définitive ne pas être différente de celle que la loi interdit.

311. Que reste-t-il alors de la protection ? Une obligation d'insérer dans la convention, lorsqu'un contrat-type n'est pas applicable, des dispositions relatives à la « résiliation », donc une certaine obligation d'informer⁷⁰⁰ le cocontractant sur les conditions d'une sortie anticipée. Ce mécanisme, consumériste avant l'heure, a ainsi le mérite d'exister... mais sans entrer d'emblée dans le débat portant sur l'opportunité de

⁶⁹⁶ A notre connaissance la question n'a jamais été soulevée.

⁶⁹⁷ Cf. *infra*.

⁶⁹⁸ Sauf, semble-t-il, pour les contrats de longue durée portant sur l'élevage de veaux depuis l'arrêté du 19 octobre 1993 (JO 21 nov. 1993, p. 16091). Dans le cas exclusif des contrats de longue durée, il est tenu compte en effet, pour l'appréciation des mauvais résultats techniques, de « normes moyennes », c'est-à-dire de « normes établies par comparaison avec les résultats obtenus en moyenne par les autres éleveurs de l'entreprise dans des conditions d'élevage similaires ».

⁶⁹⁹ Procédé qui pose d'ailleurs problème lorsqu'il faut substituer à une clause résolutoire, illicite, celle du contrat type : que fait-on des « blancs » ? Avec quoi doit-on les remplir ? V., se posant la question, à laquelle l'on ne peut répondre, L. LORVELLEC, *Les contrats types d'intégration homologués*, art. cit., p. 304.

⁷⁰⁰ Nous préférons écrire « de négocier avec », seulement ce serait nier la nature de ces conventions, auxquelles le producteur ne fait généralement qu'*adhérer*. Mais la présence obligatoire de certaines mentions est alors censée assurer son information. V., sur cette notion de formalisme informatif, G. COUTURIER, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, *Deffrénois* 2000, p. 880 et s. V. déjà J. FOYER, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Études Ripert, LGDJ, 1950, T. 1, p. 93.

protéger une partie faible contre des prérogatives contractuelles, si protection il doit y avoir, il semble qu'il eût été plus efficace d'imposer précisément le contenu des clauses au lieu d'imposer vaguement le contenu du contrat.

312. Reste alors à évoquer l'annulation, sur le fondement de l'article L. 326-6 du Code rural, d'un contrat d'intégration et ses suites⁷⁰¹. La jurisprudence⁷⁰² semble avoir opté pour une nullité relative car le non-respect de la disposition précitée est considéré comme la violation d'une règle édictée non dans l'intérêt général de l'agriculture, mais dans celui particulier des producteurs que le régime tente de protéger⁷⁰³. Ajoutons que la nullité du contrat d'intégration emporte celle « *des contrats pris pour son exécution* »⁷⁰⁴, ce que ne sont pas les conventions bancaires⁷⁰⁵ ; la forte ressemblance avec le droit de la consommation s'arrête donc curieusement ici puisque, par exemple, l'article L. 311-21, alinéa 2, du Code de la consommation prévoit, à l'inverse, que le contrat de crédit est « *résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé* ».

313. La nullité, enfin, donnera lieu à des restitutions⁷⁰⁶. Celles-ci ne pouvant s'effectuer en nature, puisqu'il faudrait revenir sur l'exécution de prestations de service, il s'agira d'établir pour la liquidation une « *balance comptable* »⁷⁰⁷ à partir de ce que chacun doit à l'autre⁷⁰⁸. Dans le respect de la logique juridique, ces estimations porteront sur la valeur réelle, c'est-à-dire sur le prix de revient des différentes prestations⁷⁰⁹ ou

⁷⁰¹ Pour un exemple de nullité du contrat en raison, notamment, de l'absence de clause organisant la résiliation de la convention, v. CA Angers, 27 oct. 2009, *JurisData* n° 2009-019402. L'appréciation de la non conformité des clauses du contrat aux dispositions de l'article L. 326-6 du Code rural relève du pouvoir souverain des juges du fond, lesquels doivent alors préciser quelles sont les clauses du contrat qui ne respectent pas les prescriptions de l'article L. 326-6 du Code rural, faute de quoi la décision encourt la cassation pour défaut de base légale : Cass., 1^{ère} civ., 9 nov. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 303.

⁷⁰² V. Cass. 1^{ère} civ., 10 janv. 1995, *JurisData* n° 1995-000078 ; *RD rur.* 1995, p. 212.

⁷⁰³ V. notamment J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, art. cit., n° 88 ; F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 910, p. 914.

⁷⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 1981, *RD rur.* 1982, p. 93.

⁷⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 1981, *JurisData* n° 1981-000761 ; *RD rur.* 1982, p. 93, obs. L. LORVELLEC. La Cour de cassation, en l'espèce, confirma la décision des juges du fond de refuser l'annulation des conventions bancaires, « *la nullité du contrat d'intégration laissant subsister la cause* » de ces contrats.

⁷⁰⁶ V. à ce sujet J. DANET et L. LORVELLEC, *Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964*, D. 1982, chr., p. 211. Adde, G. PRIVE, *Contribution critique aux méthodes de calcul des restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration*, art. cit.

⁷⁰⁷ F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., loc. cit.

⁷⁰⁸ V. not. pour un exposé des modalités de restitution Cass. 1^{ère} civ., 25 nov. 1981, D. 1982, IR, p. 147 ; *RD rur.* 1982, p. 94, note L. LORVELLEC.

⁷⁰⁹ Seront donc pris en considération le coût de la main d'œuvre éventuellement employée – y compris la valeur du travail du producteur lui-même –, les frais nécessaires à l'exécution des prestations – énergie, locaux...etc.

marchandises⁷¹⁰ : il ne faut pas, sous couvert de liquider une situation contractuelle qui n'a pas lieu d'être, aboutir en pratique à l'exécution d'un contrat nul⁷¹¹ ; car l'objectif de protection, déjà quelque peu plombé comme il a été vu, serait alors totalement inaccessible.

Conclusion du Chapitre 1

314. L'étude de la nature des clauses de sortie a naturellement porté, en premier lieu, sur l'accord de volonté dont elles doivent être l'objet pour être valables. En tant que partie d'un tout intégrée dans cet ensemble que représente le contrat, leur acceptation est le plus souvent emportée par celle de ce dernier. Toutefois, la clause est parfois perçue davantage pour ce qu'elle renferme que pour ce qu'elle est au regard du contrat qui la contient. C'est alors la faculté de sortie qui intéresse plus précisément le législateur soucieux de rétablir un certain équilibre entre les contractants en imposant, paradoxalement, le contenant sans le contenu.

315. Dans le prolongement, c'est-à-dire en considération essentiellement de la faculté qu'elle renferme, il nous revient d'aborder à présent la faculté ainsi créée en ce qu'elle représente un puissant pouvoir accordé par le contrat au profit d'une partie, ce dont le droit se méfie.

⁷¹⁰ Le prix de vente au producteur sera ainsi diminué des bénéfices retirés par l'entreprise.

⁷¹¹ V. par exemple Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1989, *JCP éd. E* 1989, I, 18736.

Chapitre 2 Une nature potestative, source de méfiance

316. La potestativité renvoie aux concepts de *puissance* et de *pouvoir*, en ce qu'elle désigne « l'ensemble des prérogatives en vertu desquelles un sujet de droit se trouve investi du pouvoir de modifier unilatéralement une situation juridique intéressant autrui »⁷¹². Il n'est pas étonnant, alors, qu'elle soit source de méfiance : la notion de contrat portant en elle-même une certaine idée d'équilibre, de bilatéralité, la puissance et les pouvoirs accordés à un contractant de modifier seul ce qui a été construit à deux ne sont pas, si l'on peut dire, en odeur de sainteté.

317. Portée sur le devant de la scène contractuelle par l'effet d'un unilatéralisme grandissant en pratique, la potestativité n'est pas pour autant l'objet d'un régime propre, spécifique. Nous le verrons, si elle n'est pas totalement inconnue du Code civil, elle ne demeure qu'une notion très marginalement prise en compte, pour elle-même, par la loi. Ce n'est pas dire cependant que le pouvoir d'une partie sur l'autre n'est jamais réglementé : la méfiance avancée n'est pas un sentiment creux éprouvé par la doctrine, on en trouve une résonance en droit positif.

318. « Pouvoir », « puissance », « unilatéralisme » : voici des termes dont l'abstraction nous fait aisément comprendre que la potestativité est une notion « fuyante » dont le domaine d'intervention reste à définir. On perçoit pourtant que, nécessairement, celle-ci joue – ou doit jouer – un rôle dans la réglementation des prérogatives accordées par le contrat et en particulier celles permettant d'en sortir. Ainsi, avant d'aborder les diverses conséquences de la méfiance nourrie à l'égard de la potestativité et venant parfois limiter la validité des clauses de sortie (**SECTION 2**), il est essentiel d'en déterminer le cadre (**SECTION 1**).

⁷¹² S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre, avant-propos I. Najjar, n° 13, p. 26. V. ég. J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. n° 1 et n° 2, pp. 747-748.

SECTION 1 Le cadre de la potestativité

319. Afin de révéler la nature des clauses qui nous occupent, à travers l'examen de la potestativité qu'elles contiennent, il semble ici nécessaire d'envisager les diverses qualifications concevables. Nous aborderons pour cela, dans un premier temps, le concept, plutôt large et abstrait, de droit potestatif (§1), avant de confronter les clauses de sortie à la notion plus concrète de condition telle que prévue à l'article 1168 du Code civil (§2).

§1 La qualification de droit potestatif

320. Après avoir porté notre attention sur la notion de droit potestatif⁷¹³ accordé par le contrat⁷¹⁴ (**A.**) nous rechercherons plus en détail le caractère potestatif que présente éventuellement la faculté de sortie (**B.**).

A. La notion de droit potestatif accordé par le contrat

321. Le Code civil ne traite pas d'une telle notion⁷¹⁵. La potestativité n'est envisagée qu'à travers les prévisions relatives aux diverses espèces d'obligations et plus précisément aux obligations conditionnelles : il est question de traiter de *la potestativité d'une condition* dont dépend la naissance ou l'extinction d'une obligation contractuelle. À ce sujet, le Code définit en premier lieu la condition potestative comme étant « *celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* »⁷¹⁶ ; il présente ensuite la condition mixte comme « *étant celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers* »⁷¹⁷, avant de disposer que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de*

⁷¹³ V à ce sujet I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, préf. P. Raynaud ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit. ; J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit. ; adde, M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit. spéc. n° 359 et s., p. 260 et s. ; C. POMART-NOMDEDEO, *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité*, RTD civ. 2010, p. 209 et s. ; D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011/2, p. 644 et s., spéc., 29 et s., p. 668 et s.

⁷¹⁴ V. pour une utilisation de ces termes, s'engageant ainsi dans une distinction des droits potestatifs selon leur source, S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op.cit., spéc. n° 231 et s., p. 140 et s. ; J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., loc. cit.

⁷¹⁵ J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 5, p.751.

⁷¹⁶ Article 1170 du Code civil.

⁷¹⁷ Article 1171 du Code civil.

la part de celui qui s'oblige »⁷¹⁸. Le traitement de la potestativité en la matière paraît donc simple ; on se rend compte qu'il n'en est rien, bien entendu, lorsqu'on connaît les développements concernant la notion de condition potestative – conditions « purement » ou « simplement » potestatives – et l'éventuelle nullité de l'obligation qui s'en suit. L'ombre portée par la richesse du débat relatif à la *condition potestative* ne permet alors peut-être pas le développement de la notion de *droit potestatif*⁷¹⁹. Force est de constater, en tous les cas, que la question n'a suscité en comparaison qu'un léger intérêt⁷²⁰. Pourtant, l'étude de cette notion permet d'éclairer la nature de certains mécanismes, notamment contractuels, et en l'occurrence celle de la faculté octroyée par les clauses qui nous occupent.

322. Les droits potestatifs sont présentés en France⁷²¹, tout de même, comme « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale* »⁷²². Les exemples que l'on en donne couramment sont le droit de résiliation d'un contrat, le droit de préemption ou encore le droit d'agir en justice. Il convient encore d'ajouter à cette présentation que la personne en face de laquelle se trouve le titulaire d'un tel droit est en position de *sujétion*, elle ne peut en empêcher son exercice⁷²³ : le droit potestatif « *atteint son but par la seule activité de son titulaire et non par suite de l'action de ce titulaire sur la volonté d'une autre personne* »⁷²⁴. La volonté du titulaire de mettre en œuvre le droit suffit à produire un effet automatique. Cette

⁷¹⁸ Article 1174 du Code civil.

⁷¹⁹ Si les questions relatives à la potestativité d'une condition ont certainement joué un rôle, sinon « canalisateur », au moins attractif de l'intérêt de la doctrine, il nous semble également que les difficultés rencontrées dans la définition en amont *des droits subjectifs* ne sont pas sans influence. V., pour un exposé de ces difficultés, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994, n° 172 et s., p. 126 et s. Il en est encore de même concernant la notion plus générale de *pouvoir* en droit ; v. en dernier lieu E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé*, Economica, préf. G. Cornu, 1985 et P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Bibl. dr. priv. T. 408, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen.

⁷²⁰ V. en ce sens J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 3, p. 748.

⁷²¹ Il s'agit d'une reprise française de théories développées en Allemagne, en Suisse et en Italie à partir de la fin du XIX^{ème} siècle. V. à ce sujet les auteurs cités par I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 98 et s. ; v. ég. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Bibl. dr. priv. T. 164, LGDJ, 1979, préf. P. Raynaud, spéc. n° 507 et s., p. 461 et s. Adde, G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, *RTD civ.* 1966, p. 212 et s., spéc. pp. 225-226.

⁷²² I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, *op. cit.*, n° 99, p. 102, d'après la définition qu'en donne l'auteur italien MESSINA, *Nuovo Digesto Italiano, V° Diritti potestativi*, T. 3, p. 872 et s. V. ég. J. ROCHFELD, art. cit., loc. cit. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 31, p. 41.

⁷²³ S. VALORY, *op. cit.*, n° 37 et s., p. 43 et s.

⁷²⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, *op. cit.*, n° 511, p. 464.

position de sujétion marque alors la frontière entre les droits potestatifs et les autres droits subjectifs.

323. Il est admis, en effet, que ce type de droit est un droit subjectif⁷²⁵, c'est-à-dire une « *prérogative attribuée par le droit objectif à une personne déterminée* »⁷²⁶ « *pour la satisfaction d'un intérêt personnel* »⁷²⁷, « *une restriction légitime à la liberté d'autrui, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs* »⁷²⁸. Des doutes quant à son appartenance à cette catégorie ont pu surgir du fait d'une particularité concourant d'ailleurs à sa définition : au droit potestatif ne correspond aucune obligation, donc aucune exécution ne peut être exigée de la personne en face du titulaire du droit. De ce constat il est apparu impossible pour certains auteurs de considérer le droit potestatif comme un droit subjectif particulier, voire comme un droit⁷²⁹. Mais, désormais, « *la nécessité d'une obligation correspondant au droit n'est plus requise* »⁷³⁰. La position de sujétion, donc, n'est pas exclusive de la qualification de droit subjectif et ne représente qu'une caractéristique du « droit subjectif potestatif ».

324. Même à reconnaître cette nature subjective aux droits qui nous occupent, la détermination de leur objet est problématique ; contrairement, dans une certaine mesure, aux droits réels ou aux droits personnels. De deux choses l'une : soit on peut considérer qu'il s'agit d'un droit sans objet⁷³¹, ce qui nous en conviendrons cadre mal avec la science juridique et surtout nous semble remettre en cause la détermination d'une catégorie de droits⁷³² ; soit on considère avec un auteur, certes de manière quelque peu artificielle, que

⁷²⁵ V. en ce sens I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 103 et s., p. 107 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 41, p. 45 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 512, p. 464 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, op. cit., n° 222, pp. 173-174 ; J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 4, p. 750 ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, art.cit., loc. cit.

⁷²⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., loc. cit.

⁷²⁷ G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, n° 35, p. 31.

⁷²⁸ J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, op. cit., loc. cit.

⁷²⁹ V. notamment les développements de L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, Dalloz-Sirey, 1947, préf. J. Maury, spéc. p. 63 et s. V. encore A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, rééd. Milano, Giuffrè, 1962, cité par I. NAJJAR, op. cit., n° 104, p. 108, note n° 105. Il s'agirait alors, selon ces auteurs, d'une « faculté » contenue dans un droit subjectif et non d'un droit en lui-même.

⁷³⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., loc. cit.

⁷³¹ V. ainsi G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, art. cit., loc. cit.

⁷³² V. en ce sens J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, op. cit., loc. cit.

l'objet d'un droit potestatif est « *une abstraction, un droit, un rapport juridique* »⁷³³. L'objet du droit potestatif peut alors lui préexister⁷³⁴ ou « *n'apparaître qu'au moment de sa mise en œuvre et non antérieurement* »⁷³⁵.

325. À ce stade de la présentation, il convient encore d'apporter quelque éclairage sur la notion de « pouvoir »⁷³⁶, classiquement présentée « *comme la faculté d'imposer sa volonté à autrui* »⁷³⁷ ou encore comme « *l'aptitude à exercer ses propres droits* »⁷³⁸. Depuis la remarquable étude d'un auteur, on s'accorde volontiers sur le fait que le pouvoir en droit privé, est « *une prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »⁷³⁹. Cette prérogative est donc finalisée, orientée vers un but « *fixé de manière générale et abstraite par la norme attributive de pouvoir* »⁷⁴⁰. Sont ainsi opportunément distingués « ce » pouvoir, pour l'admissibilité duquel doit intervenir un intérêt différent de celui de son titulaire, des prérogatives attachées à l'exercice des droits subjectifs, mises en œuvre dans le seul intérêt du sujet qui se les voit reconnaître.

326. Il semble alors difficile de situer correctement le pouvoir du titulaire d'un droit potestatif. D'une part, en effet, il est indéniable que cette *potestas* se différencie de celle relevant d'un droit subjectif, dans sa conception « classique » : le pouvoir ainsi accordé, compte tenu de la sujétion du cocontractant, n'a pas la même teneur : « *la « sujétion » qui prend naissance des droits potestatifs est extrêmement efficace. Elle est beaucoup plus forte que l'obligation, stricto sensu, qui pèse sur le débiteur authentique* »⁷⁴¹. D'autre part, il est encore certain que ce « pouvoir » n'est pas non plus

⁷³³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, op. cit., n° 510, p. 463.

⁷³⁴ *Ibid.* : « *ainsi les droits de résolution, d'annulation, de dénonciation d'un contrat supposent ce contrat* ».

⁷³⁵ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 36, p. 43. L'auteur donne comme exemple « *les droits d'action en justice qui ont pour effet d'établir entre son titulaire et son destinataire le lien juridique d'instance [l'objet] qui confère à l'un et l'autre les qualités de demandeur et de défendeur* ».

⁷³⁶ Il n'est, encore une fois, pas question de traiter ici de la notion en tant que telle puisque, d'une part, de magistrales études ont déjà été faites à ce propos – v. surtout E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé*, précité et P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, précité – et que, d'autre part, une délimitation des contours de cette notion nous suffit.

⁷³⁷ P. LOKIEC, op. cit., n° 16, p. 12.

⁷³⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, V° Pouvoir, II.5.

⁷³⁹ E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 214, p. 137.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, n° 235, p. 150.

⁷⁴¹ I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, op. cit., n° 101, p. 105.

conféré « à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien »⁷⁴², puisque la possibilité mise en place vise la protection du seul intérêt du titulaire ; nous précisons d'emblée cependant qu'il n'est pas question d'écarter toute considération d'un autre intérêt, en particulier celui de la personne subissant l'exercice du droit potestatif, seulement il ne nous paraît pas possible de concevoir un droit potestatif comme une prérogative *conférée* dans un intérêt différent de celui de son titulaire. La prise en compte de cet intérêt n'intervient qu'au cours de la *mise en œuvre* de la prérogative, ou alors, en amont, lorsque le législateur réglemente, directement ou indirectement, la sortie de certains contrats⁷⁴³. Le droit potestatif emprunte donc au « pouvoir » son effet puissant, indépendant de la volonté de celui qui le subit, et au droit subjectif son absence de finalité⁷⁴⁴, sa vocation égoïste, c'est-à-dire la poursuite de l'intérêt du seul sujet qui en est le titulaire⁷⁴⁵.

327. Reste alors, considérant notre étude, à réduire le champ de recherche. Pour ce faire, nous emprunterons une distinction opérée par Monsieur Valory suivant l'origine du droit en question⁷⁴⁶ : il est des droits potestatifs d'origine légale, tel que par exemple le droit de préemption accordé au locataire par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 en cas de congé donné par le propriétaire dans les conditions de l'article 15, II de ladite loi ; d'autres ont été accordés par la jurisprudence, tel que le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ; d'autres enfin sont issus du contrat, la volonté des parties donnant alors naissance à un pouvoir, au profit d'une partie – au moins –, d'influer sur une situation juridique préexistante. C'est bien-sûr cette dernière catégorie qui nous intéresse, et tout particulièrement les « *stipulations accessoires à un contrat* »⁷⁴⁷, c'est-à-dire certaines prévisions dans un contrat, appelées également « *clauses non-obligationnelles* »⁷⁴⁸, que l'on oppose alors en quelque sorte au contrat lui-même. On pourrait encore rapprocher cette distinction de celle qu'a opérée la Chambre commerciale

⁷⁴² E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé*, op. cit., loc. cit.

⁷⁴³ Cf. *infra*.

⁷⁴⁴ Entendue dans le sens que lui donne Monsieur le Professeur Gaillard (op. cit., n° 235 et s., p. 150 et s.).

⁷⁴⁵ V. en ce sens, relevant ainsi une « *ambiguïté* », J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 1, p. 747.

⁷⁴⁶ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 231 et s., p. 140 et s.

⁷⁴⁷ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 232, pp. 141-142.

⁷⁴⁸ V. not., parmi une abondante littérature, P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTD civ. 1999, p. 771 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 225 et s., spéc. p. 231 et s. Comp. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., loc. cit.

de la Cour de cassation dans un arrêt remarqué⁷⁴⁹, à forte connotation doctrinale, en différenciant « *prérogatives* » résultant du contrat et « *certaines droits* » que celui-ci offre⁷⁵⁰. Les clauses de sorties s'inscrivent alors dans cette catégorie de « *prérogatives* »⁷⁵¹. Doivent donc être distinguées la potestativité présente dans le pacte de préférence et celle présente en raison d'une clause affectant la durée des relations, dans un contrat que nous qualifierons de « quelconque »⁷⁵² : si l'on traite d'utilité objective, sinon d'essence même⁷⁵³, le premier contrat n'a pas de raison d'exister sans la création d'un droit potestatif, en l'occurrence celui du bénéficiaire « *d'imposer la vente par un acte juridique unilatéral* »⁷⁵⁴ ; au contraire, le second contrat peut en principe exister sans stipulation particulière créant un droit potestatif influant sur la durée⁷⁵⁵.

328. Ces diverses distinctions théoriques entraînent, bien entendu, des conséquences pratiques : il est évident que ne seront pas appréciés de la même manière les droits potestatifs suivant leur origine ; comment en effet traiter de la même façon – et

⁷⁴⁹ Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 966 ; *D.* 2007, AJ, p. 1955, note X. DELPECH ; *D.* 2007, jur., p. 1844, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2007, jur., p. 2839, note P. STOFFEL-MUNCK ; *Dr. et patr.* 2007, n° 94, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP éd. G* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *Deffrénois* 2007, p. 1454, note E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. Fages ; ; *RDC* 2007, p. 1107, obs. L. AYNES ; *ibid.*, p. 1110, obs. D. MAZEAUD. Adde, H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 164. V. encore Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *Bull. civ.*, III, n° 275 ; *D.* 2010, p. 476, note D. J. BILLEMONT et p. 1103, obs. A.-C. MONGE et F. NESI ; *RJ com.* 2010, n° 2, p. 199, comm. P. GOURDON ; *RDC* 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER, p. 564, obs. D. MAZEAUD et p. 666, obs. J.-B. SEUBE ; *Deffrénois* 2010, art. 39084, p. 593, note L. RUET ; *RTD civ.* 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

⁷⁵⁰ V. le communiqué de la Cour de cassation à propos de cette décision sur www.courdecassation.fr. V. ég. P. STOFFEL-MUNCK, note précitée. Ainsi, *grosso modo*, selon la Cour de cassation, la mise en œuvre déloyale de « *prérogatives* » peut être neutralisée en raison d'un manquement à la bonne foi, mais cette exigence de bonne foi ne permet pas de « *porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties* ». Sur ce point *cf. infra*.

⁷⁵¹ En ce sens, v. par ex. D. HOUTCIEFF, note précitée. V. encore J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., qui utilise les termes de « *droits potestatifs adjoints au contrat* ».

⁷⁵² V. pourtant Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 2003, *Bull. civ.*, III, n° 9 ; *JCP éd. G* 2003, II, 10129, note FICHER-ACHOURA ; *D.* 2003, jur., p. 1190, note H. KENFACK ; *RDC* 2003, p. 45, obs. D. MAZEAUD ; *Contr., conc., consom.* 2003, comm. n° 71, obs. L. LEVENEUR. Dans cette affaire, la Cour de cassation, censure les juges du fonds, qui avaient estimé que « *l'obligation de proposer de vendre un immeuble à des bénéficiaires déterminés sans qu'aucun prix ne soit prévu est purement potestative et ne constitue pas un pacte de préférence* », au motif, d'une part que la prédétermination du prix et la prévision d'un délai ne sont pas des conditions de validité du pacte de préférence et, d'autre part, que « *la condition potestative doit émaner de celui qui s'oblige* ». A la lecture de cette décision, il semble que la différence entre « les deux formes » de potestativité doit être atténuée, par la découverte d'une condition dans le pacte de préférence... à la vérité nous ne sommes guère convaincus par une telle analyse, à l'instar d'ailleurs de la doctrine, car le bénéficiaire n'est débiteur d'aucune obligation et l'obligation à la charge du promettant n'est pas conditionnelle (v. D. MAZEAUD, obs. précitées).

⁷⁵³ V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 366 et s., p. 220 et s.

⁷⁵⁴ L. AYNES, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 4 janvier 1995, *D.* 1995, somm. comm., p. 236.

⁷⁵⁵ V. dans le même sens J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 7, p. 752. *Cf.* encore F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1219, p. 1161 ; les auteurs distinguent la potestativité « *inhérente à la situation* » de celle résultant éventuellement d'un événement érigé par les parties en modalité d'une obligation, c'est-à-dire en condition « *adventice* ».

la problématique ne se limite pas aux droits potestatifs – un pouvoir conféré par la loi et un pouvoir dont l’existence découle d’une rencontre de volontés ? La norme objective attribuant cette faculté – on reconnaît ici la nature subjective du droit potestatif – est plus diffuse. Le juge fera généralement montre de méfiance à l’égard d’une clause instituant un droit potestatif, surtout lors de sa mise en œuvre. Le législateur lui-même a déjà pris acte, dans quelques domaines, de la nature potestative de certaines stipulations, venant tantôt étroitement les réglementer, tantôt les interdire⁷⁵⁶, en raison justement de la « dangerosité » de cette *potestas*, notion qu’il convient désormais de confronter à la nature des clauses qui nous occupent.

B. Faculté de sortie et possibilité d’influer sur une situation juridique préexistante

329. La nature potestative des facultés de sortie éventuellement accordées par le contrat expliquerait, dans une certaine mesure, tout à la fois la volonté des contractants – ou du contractant en position de force – d’insérer de telles clauses dans le but d’influer sur une situation juridique préexistante⁷⁵⁷, et la méfiance des juges déjà relevée à l’égard de certaines au moins des dispositions contractuelles objets de notre étude⁷⁵⁸ ainsi que celle du législateur.

330. D’ailleurs nul besoin ici selon nous d’entretenir un suspens qui n’existe pas : les clauses de sortie, de manière générale, créent un droit potestatif tel que précédemment défini⁷⁵⁹. Si l’on prend le topique exemple de la clause résolutoire « classique », celle-ci permet bien au titulaire du pouvoir qu’elle accorde d’éteindre, par la résolution, le lien juridique unissant les contractants, et ce au moyen d’une déclaration, c’est dire unilatéralement. L’autre partie, le contractant défaillant en l’occurrence, ne peut résister à l’effet automatique d’une telle stipulation en n’exécutant pas une quelconque obligation qui serait à sa charge : il est en position de sujétion. Il en va de même des clauses de rupture sans idée de sanction. Toutefois, plusieurs points doivent être éclaircis.

331. Tout d’abord, pour continuer l’exemple auquel nous avons ci-dessus fait appel, il est à noter que le cocontractant peut résister de deux manières : il peut d’une part

⁷⁵⁶ Cf. *infra*.

⁷⁵⁷ Puisque, comme nous le verrons, cette possibilité d’influer n’est pas de principe en l’absence de stipulation dans ce sens.

⁷⁵⁸ V. à propos de la clause résolutoire cf. *supra*.

⁷⁵⁹ V. par ex. pour une telle qualification S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 260 et s., p. 158 et s. ; J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 8, pp. 753-754.

contester l'existence même d'une inexécution⁷⁶⁰ et, d'autre part, remettre en cause la mise en œuvre de la faculté par le créancier⁷⁶¹. Doit-on pour autant nier la nature potestative de cette faculté de résolution du fait d'une absence de sujétion ? Nous ne le pensons pas⁷⁶² : si l'inexistence du manquement est avérée, alors le droit potestatif de résoudre le contrat n'existait pas ; cette résistance ne démontre donc pas une atteinte à la sujétion car celle-ci n'avait pas lieu d'être. Il en va d'ailleurs de même en cas de non-respect de l'obligation de mettre en demeure le débiteur⁷⁶³ dans la mesure où certains auteurs soutiennent que de la « mise en demeure dépend l'existence de l'inexécution et, par conséquent, l'acquisition du droit de résolution »⁷⁶⁴. Ensuite, la possibilité d'un éventuel contrôle *a posteriori* de la mise en œuvre de ladite clause – pouvant se solder par une neutralisation de la disposition –, ne peut non plus remettre en cause la nature potestative de cette faculté : l'exigence de bonne foi comme « la théorie de l'abus de droit étant d'application générale, il serait illégitime d'en écarter les droits potestatifs »⁷⁶⁵. Cette remarque vaut alors pour tous les types de clauses de sortie envisageables.

332. On peut encore se demander si l'existence d'une obligation à la charge du titulaire voulant mettre en œuvre la faculté, comme le paiement d'un prix, n'exclurait pas la nature potestative par une atteinte au lien de sujétion. Cela dit, comme l'expose un auteur, « la structure du droit potestatif ne postule nullement que sa mise en œuvre soit sans entrave »⁷⁶⁶ ; de sorte que ce n'est pas l'existence du lien de sujétion qui est atteinte

⁷⁶⁰ Soit qu'elle ne lui est pas en réalité imputable soit qu'elle n'existe pas en fait. V. à ce sujet. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 179, p. 193 et n° 182 et s., p. 196 et s.

⁷⁶¹ Parce que celui-ci l'aurait mis en œuvre de mauvaise foi, en abusant de son droit, ou parce qu'il n'aurait pas respecté une certaine procédure c'est-à-dire essentiellement une mise en demeure du créancier au débiteur de s'exécuter.

⁷⁶² Dans le même sens V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 47 et s., p. 48 et s.

⁷⁶³ Si les parties ou la loi ne l'ont pas écartée. Cf. *infra*.

⁷⁶⁴ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 152, p. 165 ; l'auteur ajoute plus loin : « l'obligation n'est considérée comme inexécutée que si le créancier en a vraiment réclamé l'exécution », *op. cit.*, n° 153, pp. 166-167. Pour une critique, cf. *infra*.

⁷⁶⁵ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 48, p. 49. L'auteur ne vise ici que l'abus de droit, mais il est évident que l'exigence de bonne foi est d'application tout autant générale. Ainsi en est-il par exemple lorsque le créancier fait preuve d'une tolérance prolongée envers les défaillances du débiteur avant de brusquement mettre en œuvre la faculté. V. ég. P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, *Essai d'une théorie*, Bibl. dr. priv. T. 258, LGDJ, 2000, préf. R. Bout, n° 41. Cet auteur avance ainsi fort justement que « mêmes les prérogatives les plus discrétionnaires [...] semblent ne pas pouvoir abriter la méchanceté du créancier », lesquelles prérogatives peuvent être contrôlées dans leur mise en œuvre.

⁷⁶⁶ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, *loc. cit.*

mais davantage son efficacité : la déclaration de volonté suffit à modifier la situation juridique préexistante⁷⁶⁷.

333. Enfin, il peut sembler étonnant de parler de potestativité lorsque la clause de sortie subordonne la mise en œuvre de la faculté à la survenance d'un événement particulier, comme un manquement de l'autre partie ou l'avènement d'un événement qui finalement – et heureusement – échappe totalement à la volonté des parties ; force est en effet de constater une différence entre une disposition du contrat permettant à l'une des parties de sortir de la convention à tout moment, sans raison, et une clause résolutoire permettant, elle, de faire disparaître le lien contractuel « seulement » en cas d'inexécution d'une obligation. L'analyse sera en effet différente suivant que l'on se place avant la survenance dudit événement ou après sa survenance : une fois les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la faculté réunies, nous sommes bien souvent en présence d'une potestativité, « en sommeil » jusque-là d'une certaine façon ; le titulaire de la faculté aura, à cet instant, le pouvoir d'influer sur la situation juridique préexistante, impliquant donc la possibilité de ne pas le faire s'il le désire⁷⁶⁸. Il n'en irait autrement que si les effets attachés à la stipulation sont réputés « automatiques »⁷⁶⁹.

334. On devrait alors distinguer la potestativité prévue par le Code civil concernant les modalités de l'obligation, laquelle renvoie au pouvoir d'agir sur la survenance même de l'événement érigé en condition, de celle dont nous venons de traiter. Sous l'apparence de la simplicité, cette distinction cache en fait de véritables difficultés de qualification ; qualification au demeurant essentielle puisque c'est la validité de ces clauses qui est en jeu.

§2 La faculté de sortie et la notion de condition

335. Étant donné le traitement réservé à l'obligation consentie sous condition potestative par le Code civil⁷⁷⁰, une question mérite désormais d'être soulevée : une clause de sortie peut-elle constituer une condition au sens des articles 1168 et suivants du même code ? Cette interrogation, source de débats, mérite d'être traitée en relevant tout

⁷⁶⁷ *Ibid.*

⁷⁶⁸ V. en ce sens J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 10, p. 756.

⁷⁶⁹ Cf. *infra*.

⁷⁷⁰ Article 1174 du Code civil : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

d'abord la position de la jurisprudence (A.), pour ensuite présenter les développements doctrinaux (B.), avant de tenter une synthèse (C.).

A. Le juge et la nature de la clause de sortie

336. Nous devons tout d'abord remarquer – et c'est pour cela que la nature juridique des clauses de sortie est étudiée sous l'angle de la potestativité – que les décisions de justice concernant la question de l'éventuelle assimilation d'une clause de sortie à une condition se rapportent essentiellement à la question de leur éventuelle potestativité, au sens de la prohibition édictée par l'article 1174 du Code civil ; ces décisions sont d'ailleurs rares du fait, principalement, de ce que les « *exemples de condition résolutoire potestative sont bien moins nombreux que ceux de condition suspensive potestative* »⁷⁷¹. On présentera toutefois plusieurs arrêts, au premier desquels celui de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 mai 1900⁷⁷².

337. En l'espèce, un contrat liait un directeur de théâtre à une artiste, celle-ci s'étant engagée pour trois saisons de représentation. Il était stipulé dans cet accord que le directeur pouvait résilier la convention à la fin du premier mois, tous les trois mois et à la fin de chaque saison. Au commencement de la troisième saison, la demoiselle n'exécuta plus son engagement, pour rester jouer vraisemblablement dans un théâtre d'une autre ville. Le directeur, en réponse, l'assigna en résiliation du contrat et en paiement de la somme correspondant au montant du dédit prévu. C'est alors que l'artiste, en défense, demanda reconventionnellement au tribunal civil de la Seine⁷⁷³ que soit constatée la nullité des diverses conventions au motif que « *la clause aux termes de laquelle [le directeur] s'est réservé le droit exclusif de résiliation à la fin du premier mois, tous les trois mois et à la fin de chaque saison, rend nulles toutes les conventions qui sont intervenues par application de l'article 1174 qui prononce la nullité de l'obligation qui a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». Cette

⁷⁷¹ O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, n° 154, p. 50. On peut trouver un début d'explication sous l'éclairage du droit fiscal en matière de contrat de vente, terrain de prédilection de l'obligation conditionnelle : la réalisation de la condition engendre une seconde mutation, dans un sens opposé à la première, entraînant alors de nouveaux droits de mutation à payer ; V. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 1324, p. 707 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^{ème} éd., 2011, n° 290, p. 275. Comp. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 108 et s., p. 75 et s. L'auteur explique ce constat par le fait que « *le mécanisme propre à la condition résolutoire a pour conséquence que la potestativité y est moins dangereuse* ».

⁷⁷² Cass. civ., 2 mai 1900, *D. P.* 1900, 1, p. 392 ; *S.* 1901, 1, 217, note A. WAHL. V. déjà CA Rouen, 12 nov. 1852, *D.* 1853, 2, p. 243 ; CA Lyon, 6 févr. 1857, *D.* 1857, 2, p. 220.

⁷⁷³ V. la reproduction du jugement au *D. P.* 1900, 1, p. 392.

demande est rejetée par le tribunal ainsi que par la cour de Paris saisie sur appel de l'artiste, qui forme alors un pourvoi. Pourvoi rejeté par la Cour de cassation qui décide que « *la faculté de résiliation stipulée par le directeur [...] ne saurait être considérée comme une condition potestative rendant nulle l'obligation contractée par ce directeur ; qu'elle ne portait, en effet, aucune atteinte à l'efficacité de cette obligation dont elle limitait éventuellement la durée ; que si, en usant de cette faculté, le directeur faisait cesser son obligation, il ne suit pas de là que la demoiselle [...] pût, de son côté, faire cesser la sienne et se refuser à payer le dédit promis* ».

338. Les Hauts magistrats nous donnent ici une réponse en pratique claire : la clause en question ne recelait pas de condition potestative, la convention n'était donc pas nulle et ne pouvait être rompue de la sorte par l'artiste, laquelle doit payer le dédit stipulé. D'un point de vue théorique, en revanche, les motifs de la Cour sont moins clairs : il n'y avait pas de condition potestative car la clause n'affectait, éventuellement, que la « *durée* » de l'obligation et non point son « *efficacité* ». Ce dernier terme laisse alors quelque peu perplexe ; peut-être aurait-il été plus adroit d'aborder le problème sous l'angle plus pertinent de l'« *existence* »⁷⁷⁴ de l'obligation. Quoiqu'il en soit, on pourrait encore objecter que la « *durée* » n'est rien d'autre, en définitive, que l'« *existence dans le temps* ». Ce n'est pas dire par là que la clause était en l'espèce potestative, ce n'est pas dire non plus qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre ce que les magistrats entendaient par « *durée* » et ce qu'ils entendaient par « *efficacité* » ; c'est dire simplement que cette distinction ne nous semble pas répondre clairement à la question somme toute simple : était-ce une condition potestative ?

339. Pour la Cour non, mais pour quelle(s) raison(s) ? Les juges n'analysent pas le pouvoir du directeur en l'espèce – alors qu'il s'agit d'une disposition permettant de sortir de la relation contractuelle sans raison et de manière périodique ; on peut donc avancer que si la chambre civile, reprenant les arguments des juges du fond, décide qu'il ne s'agit pas d'une condition potestative sans s'intéresser à l'éventuelle potestativité contenue dans la stipulation, c'est que ce caractère est inopérant soit parce que la prohibition de la

⁷⁷⁴ V. d'ailleurs O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., n° 614, p. 228. L'auteur cite cet arrêt à l'appui de l'affirmation de ce que le « *droit de résiliation n'affecte en effet que la durée du contrat et de ses obligations et non leur existence* ».

potestativité ne s'appliquerait pas à la condition résolutoire⁷⁷⁵, soit parce qu'il ne s'agirait pas d'une condition au sens de l'article 1168 du Code civil⁷⁷⁶. La perception judiciaire de ce type de clause, au regard de la prohibition posée à l'article 1174 du Code civil, ne ressort donc pas clairement de cette décision. Mais cette vision a depuis évolué⁷⁷⁷.

340. Dans un arrêt du 9 novembre 1961⁷⁷⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation, confirmant la décision des juges du fond, refuse de considérer que la clause d'un contrat à durée déterminée, liant un agent commercial à une société, qui prévoyait la possibilité de congédier l'agent en cas de dissolution de ladite société – avec indemnités –, était constitutive d'une condition potestative. Pour la Haute Cour, puisque « *le congédiement était concomitant à la dissolution anticipée de la société, laquelle était justifiée par la situation financière de celle-ci, [...] la condition critiquée n'était pas potestative* ». Les magistrats ont également pris soin de relever que la dissolution était « *intervenue dans des formes régulières* » ; tout cela ayant été constaté par « *un expert commis avant dire droit* ». Cette fois-ci, donc, l'éventuelle potestativité est concrètement analysée et la Cour avance que « *la condition critiquée n'était pas potestative* » ; c'est dire que la clause de résiliation était pour les juges une condition.

341. La même chambre a eu à statuer, deux ans plus tard, sur un problème similaire⁷⁷⁹. En l'espèce, un contrat de travail contenait une clause de résiliation de plein droit et sans indemnité pour le cas où la société employeur serait amenée à cesser la fabrication de certains produits. Une fois le salarié licencié par la mise en œuvre de la clause, celui-ci en contesta la validité sur le fondement, notamment, de l'article 1174 du Code civil et demanda qu'elle soit annulée et tenue pour non écrite. La Cour de cassation confirma la décision des juges du fond, lesquels avaient, d'une part, relevé l'accord des parties sur l'insertion dans leur contrat d'une possibilité de sortie « *dans une circonstance déterminée : l'arrêt des fabrications de la société* » et qu'il s'agissait, d'autre part, « *d'une condition sérieuse puisque la société n'avait pas intérêt à invoquer faussement qu'elle cessait ses fabrications* ». Et la Cour de relever encore « *que cette clause*

⁷⁷⁵ V. ainsi P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011, n° 1314, p. 699. Les auteurs citent cette décision du 2 mai 1900 à l'appui de la présentation de l'analyse classique conduisant à exclure le jeu de l'article 1174 du Code civil en matière de clause résolutoire.

⁷⁷⁶ Pour une interprétation en ce sens de cette décision, à laquelle nous nous rallions, v. C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, Thèse (dactyl.) Paris XI, 1995, n° 309, p. 412 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷⁷ V. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁷⁸ Cass. soc., 9 nov. 1961, *Bull. civ.*, IV, n° 923 ; D. 1962, somm. comm., p. 84.

⁷⁷⁹ Cass. soc., 28 oct. 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 739.

apparaissait comme la contrepartie de l'engagement de cinq ans pris par l'employeur au moment où, commençant son activité, il ne pouvait être assuré que les résultats en seraient favorables ». Il s'en suit que « *ladite clause ne constituait pas un droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties* » et qu'en conséquence elle n'était pas nulle.

342. On peut observer que si la Cour emploie tout d'abord les termes de « *condition sérieuse* », elle ne reprend pas vraiment ensuite la terminologie jusqu'ici propre à la notion de condition potestative : il est fait mention de « *droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties* » ; nous en conviendrons, ceci revient en pratique au même⁷⁸⁰, mais il est important de souligner d'ores et déjà « *que les juges se gardent bien d'énoncer les définitions classiques des conditions, comme s'ils désiraient ne pas s'enfermer dans des schémas trop rigides afin de pouvoir prendre leurs décisions en prenant compte des diverses circonstances de fait* »⁷⁸¹.

343. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 28 juin 1965⁷⁸² est quant à lui, davantage expressif en quelque sorte lorsqu'il confirme la décision des juges du fond ayant considéré une « *clause comme renfermant une condition purement potestative* ». Il s'agissait d'une disposition contractuelle contenue dans un contrat concédant l'exclusivité d'achat d'un appareil à un commerçant⁷⁸³ et autorisant le concessionnaire, sur simple dénonciation, à résilier de plein droit la relation au cas où celui-ci « *ne parviendrait pas à écouler chaque année* » une quantité déterminée dudit appareil. Ici la Cour de cassation n'a pas été insensible au fait, comme la Cour d'appel le relève, « *qu'aucun contrôle, aucune vérification n'était réservée au cocontractant du [concessionnaire], alors que par une appréciation subjective et unilatérale, ce dernier avait la faculté de refuser, en cours d'exécution, de tenir les engagements par lui*

⁷⁸⁰ La prohibition de la condition potestative doit en effet sanctionner, d'une part, l'inexistence de consentement réel, l'absence de lien de droit – hypothèse de la condition purement potestative, l'acte de pure volition, « *je m'engage si je veux* » – et d'autre part, à rebours de la conception de la doctrine classique, le pouvoir arbitraire de l'une des parties d'influer sur l'événement érigé en condition lui permettant ainsi de « *se dégager de tout ou partie de son obligation* » (J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative – de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre* –, D. 1973, chr., p. 293 et s., spéc. n° 17 et 18, p. 295). V. not., pour une présentation de l'évolution de l'analyse en la matière, O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., n° 123 et s., p. 40 et s. ainsi que les auteurs cités ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 111 et s., p. 76 et s. et les références employées.

⁷⁸¹ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, op. cit., n° 134, p. 87.

⁷⁸² Cass. com., 28 juin 1965, *Bull. civ.*, III, n° 405.

⁷⁸³ Il est à noter qu'il n'est pas fait mention du caractère déterminé ou non de la durée de l'engagement.

initialement pris ». Si les termes employés ne sont pas les mêmes que dans la décision ci-dessus évoquée, la signification est, nous semble-t-il, identique.

344. Malgré donc quelques différences d'ordre terminologique, il semblait que s'établissait progressivement dans la jurisprudence une certaine homogénéité dans le traitement croisé de la potestativité et des clauses de résiliation. C'est-à-dire, d'une part, que la clause de résiliation peut renfermer une condition, par hypothèse résolutoire et, d'autre part, que celle-ci peut être potestative, ce qui sera caractérisé par l'existence de la soumission d'une partie, le créancier de l'obligation, au *pouvoir arbitraire* de l'autre, le débiteur. Cette évolution au demeurant n'est pas propre à la clause de sortie, ni même d'ailleurs à la clause de résiliation, mais s'inscrit dans le renouvellement, plus généralement, de la notion de condition potestative⁷⁸⁴.

345. Pourtant, on a pu par la suite constater un retour à une certaine conception classique, non pas de la potestativité, mais bien de la condition elle-même. La troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 janvier 1974⁷⁸⁵, a en effet pris clairement position contre l'assimilation d'une clause de sortie à une condition. En l'espèce, un bailleur s'était réservé une faculté de reprise du bien loué en cours de bail, moyennant le respect d'un préavis de six mois. Le locataire, après vraisemblablement mise en œuvre de la faculté, voulu faire constater la nullité de la clause comme renfermant une condition potestative. La Cour d'appel ne le suivit pas et valida le congé en considérant que l'obligation assortie d'une condition potestative avait été contractée par les preneurs et non par la partie qui s'obligeait. En somme, les juges du fond considérèrent qu'il s'agissait d'une condition au pouvoir du créancier, traditionnellement exclue de la prohibition édictée par l'article 1174 du Code civil. Le locataire critiqua alors dans son pourvoi cette position, fort justement, puisque « *le bailleur étant débiteur de l'obligation de jouissance, la clause de reprise à la seule volonté du bailleur rendait incertaine la durée de la location et était nulle comme constituant une condition*

⁷⁸⁴ V. en premier lieu les analyses de Monsieur le Professeur J. GHESTIN, note sous CA Paris, 6 déc. 1969, *JCP éd. G* 1971, II, 16796 ; IDEM, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, préc. ; *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in Mélanges A. Weill, Dalloz-Litec 1983, p. 243 et s. ; V. encore G. GOUBEAUX, note sous CA Paris, 15 mars 1974, *JCP éd. G* 1974, II, 17786 ; IDEM, *Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties*, *Deffrénois* 1979, art. 31987, p. 753 et s. ; V. encore J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse (dactyl.) Lille, 1977, spéc. n° 97 et s., p. 150 et s. ; V. en dernier lieu, pour un résumé des positions doctrinales et jurisprudentielles, O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, spéc. n° 136 et s., p. 88 et s.

⁷⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ., 16 janv. 1974, *Bull. civ.*, III, n° 22.

potestative de la part de celui qui s'obligeait ». Le bailleur était bien le débiteur d'une obligation, conditionnée de manière potestative selon le locataire.

346. Cette méprise des juges du fond permit alors à la Haute Cour de trancher de manière franche la question relative au contenu de la clause : renfermait-elle une condition ? Non suivant les Hauts magistrats qui exposèrent clairement que « *la clause litigieuse [...] n'affectait pas l'existence de la convention, mais seulement sa durée et ne constituait pas une condition au sens de l'article 1168 du Code civil* » ; le congé était donc valable, car donné conformément aux prévisions contractuelles licites. La Cour de cassation rejette le pourvoi en confirmant la décision des juges du fond, tout en ne se retranchant pas derrière leurs motifs, puisqu'elle leur substitue les motifs de droit ci-dessus retranscrits ; de sorte que l'on a ici le sentiment d'une prise de position plus ferme que dans les espèces antérieures. Seulement, on ne peut que constater un retour à la position du début du siècle : la clause ne renfermait pas de condition car l'obligation n'était qu'affectée dans sa durée et non dans son existence...

347. Depuis cette décision, plusieurs arrêts sont encore à relever, comme celui de la chambre commerciale du 12 mai 1980⁷⁸⁶. En l'espèce, un contrat d'une durée de cinq ans avait été passé entre une société et le comité d'entreprise d'une autre société. Il s'agissait pour la première de mettre en place et d'exploiter dans les locaux de la seconde des appareils distributeurs d'aliments et de boissons. Le contrat prévoyait au profit du fournisseur exploitant des distributeurs, en son article 9, une possibilité de retrait desdits appareils – il faut y voir semble-t-il une faculté de résiliation – dans le cas où cette exploitation s'avérerait déficitaire. Pour une raison inconnue, le cocontractant informa trois ans plus tard cet exploitant de sa décision de mettre fin au contrat et fit enlever les appareils, malgré le refus du premier de voir la relation se terminer – refus justifié vraisemblablement par l'absence de disposition contractuelle prévoyant une telle faculté pour le cocontractant ; l'exploitant en réponse assigna la société en rupture fautive du contrat à durée déterminée. C'est alors qu'en défense le cocontractant invoqua la nullité de la convention du fait du caractère potestatif de la condition prévue à l'article 9. La

⁷⁸⁶ Cass. com., 12 mai 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 190. V. également Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1989, *Bull. civ.*, I, n° 355 ; *RTD civ.* 1991, p. 333, obs. J. MESTRE, concernant une clause d'un contrat d'assureur crédit permettant à l'assureur de dénoncer ou réduire la limite d'encours de certains clients de son cocontractant, jugée non potestative car sa mise œuvre « *dépendait non de la seule volonté de [l'assureur], mais de circonstances objectives susceptibles d'un contrôle judiciaire* », c'est-à-dire de la situation financière des clients de l'assuré. *Comp. Cass. com.*, 15 juin 1993, n° 91-16.943, *inédit*.

Cour d'appel accueille la demande de l'exploitant et rejeta la nullité de la clause de résiliation. Le cocontractant forma un pourvoi dans lequel il reprocha bien évidemment aux juges du fond de ne pas avoir considéré que l'article 9 renfermait une condition potestative, et d'avoir ainsi « *gravement dénaturé la condition en méconnaissant que, liant la poursuite du contrat à la seule appréciation de la rentabilité des appareils par [l'exploitant] sans possibilité de contrôle ni d'opposition pour la société [...], ladite clause mettait cette dernière à la discrétion de ses cocontractants* ». La Cour de cassation ne suivit pas cette argumentation et confirma la décision de la Cour d'appel qui avait relevé « *que rien n'interdisait à la société [...] de faire vérifier en justice la réalité du préjudice* »⁷⁸⁷ et qui a donc « *pu considérer que la survenance de la condition ne dépendait pas de la seule volonté [de l'exploitant] et ne revêtait pas, de ce fait, un caractère purement potestatif* ». Il s'agissait bien ici pour les juges d'une condition, mais non potestative.

348. Il faut également évoquer la décision de la première chambre civile du 16 octobre 2001⁷⁸⁸ rendue dans le cadre d'un litige intervenu entre une clinique et ses médecins. À cette occasion la Cour a eu l'occasion de statuer sur la validité d'une clause des conventions d'exercice prévoyant la possibilité pour la clinique de mettre fin aux contrats sans indemnité en cas de fermeture, pour quelque raison que ce soit, dudit établissement. Les hauts magistrats, confirmant l'appréciation souveraine des juges du fond, décidèrent que la « *clause litigieuse n'était pas purement potestative et, partant, que sa nullité n'était pas démontrée* » ; ils relevèrent de plus que cette clause « *n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles* ».

349. Plus récemment encore, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue prendre position sur la question dans un attendu qui, s'il ne fait que confirmer le raisonnement des juges du fond et n'a pas été publié, mérite tout de même d'être reproduit : « *après avoir constaté que la clause de résiliation du contrat ne sanctionne pas un comportement fautif du distributeur, l'arrêt relève qu'elle offre à la société Esso, et à elle seule, la possibilité, purement discrétionnaire, de mettre fin au contrat avec un préavis très court ; qu'il relève encore que cette clause est contraire à l'esprit du protocole signé le 25 mai 2000 entre le syndicat national des professions de l'automobile*

⁷⁸⁷ V. dans le même sens Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1989, préc.

⁷⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 257; *RTD civ.* 2002, p. 97, n° 9, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2002, art. 37486-8, p. 251, note R. LIBCHABER ; *JCP éd. G* 2002, I, 134, obs. J. ROCHFELD ; *D.* 2002, p. 2839, obs. D. MAZEAUD.

et le président de la commission nationale des locataires gérants de stations-services et des accords interprofessionnels du 12 janvier 1994, dont il résulte que les exigences économiques d'une refonte des systèmes de distribution ne font pas obstacle à une renégociation des contrats avec les distributeurs, assortie de propositions d'indemnisation ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la réalisation de la condition litigieuse tenant à la refonte complète de la station-service, en vue de réorienter ses activités, son mode de gestion ou d'exploitation, dépendait de la seule volonté de la société Esso, et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturation, que cette condition présentait un caractère purement potestatif»⁷⁸⁹.

350. Si l'on s'écarte, enfin, du domaine de la clause de résiliation, on s'aperçoit qu'en matière de clause de déchéance du terme⁷⁹⁰, la jurisprudence semble plus ouverte quant à l'admission de la nature conditionnelle de cette stipulation. À tout le moins, la qualification de condition semble-t-elle moins discutée. En effet, il n'est pas difficile de trouver des décisions de justice traitant de la potestativité illicite de cette clause, fréquemment incluse dans le contrat de prêt personnel conclu entre un employeur et son salarié⁷⁹¹. Or, traiter de ce grief invalidant implique nécessairement de considérer la clause comme une condition au sens des articles 1168 du Code civil, puisque la potestativité ne saurait être sanctionnée, en l'absence de dispositions légales, sur un autre fondement que celui de l'article 1174, n'en déplaise pour l'instant aux promoteurs de l'autonomie des droits potestatifs. De même la jurisprudence a-t-elle déjà analysé la validité d'un mécanisme contractuel d'exclusion d'un associé de la société⁷⁹² au regard de l'article 1174 du Code civil⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-30.567, *inédit*.

⁷⁹⁰ Sur laquelle *cf. supra*.

⁷⁹¹ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, *Bull. civ.*, I, n° 112 ; *RTD civ.* 1985, p. 381, obs. J. MESTRE ; Cass. soc., 4 déc. 2002, n° 00-45.550, *inédit* ; CA Poitiers, 9 mars 1994, *JurisData* n° 1994-050746 ; CA Rennes, 8 juin 1995, *JurisData* n° 1995-046007 ; CA Papeete, 25 septembre 2008, *JurisData* n° 2008-374963. *Contra*, analysant une telle clause comme un « terme relatif à l'exécution de l'obligation » : CA Toulouse, 8 déc. 1999, *JurisData* n° 1999103137 ; Comp. CA Versailles, 3 nov. 1992, *D.* 1994, jur., p. 284, note J. MOULY. La doctrine est quant à elle partagée sur la nature de la clause : pour l'assimilation à une condition, modalité de l'obligation, v. par ex. C. BLOUD-REY, *op. cit.*, n° 499, p. 426 ; J. MOULY, note précitée sous CA Versailles, 3 nov. 1992, n° 6. Contre une telle conception : J. SAVATIER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 864 et s., spéc. p. 865.

⁷⁹² Sur ce mécanisme, *cf. supra*.

⁷⁹³ V. par ex. CA Toulouse, 23 nov. 2006, *JurisData* n° 2006-328674 ; CA Versailles, 2 oct. 2008, RG n° 07/03559 ; CA Versailles, 15 mai 2008, RG n° 07/02259 ; CA Versailles, 31 mars 2010, RG n° 09/07820.

351. Sans avoir à faire appel à d'autres espèces⁷⁹⁴, force est donc de se rendre compte qu'il n'existe pas en la matière une perception judiciaire homogène de la nature des clauses de sortie, essentiellement celles octroyant une faculté de résiliation, ni de leur validité au regard de la prohibition de la potestativité telle que prévue par le Code civil en matière d'obligation conditionnelle : d'une part, si le critère de la potestativité paraît bien être celui du sort du contractant laissé au pouvoir arbitraire de l'autre, son appréciation par les juges ne nous semble pas homogène⁷⁹⁵ ; d'autre part et surtout, on voit bien les fluctuations autour de la nature même de la clause, considérée tantôt comme renfermant une condition au sens de l'article 1168 du Code civil, tantôt comme n'affectant que la durée de la convention ou de l'obligation, ce qui, selon les juges, ne permet pas de caractériser l'existence d'une obligation conditionnelle⁷⁹⁶.

352. Nous ajouterons enfin que le traitement judiciaire, particulier, de la clause résolutoire n'est pas, lui non plus, dépourvu de toute ambiguïté : les juges emploient ainsi parfois les termes de « *condition résolutoire* » dans des contentieux relevant d'une inexécution contractuelle⁷⁹⁷, « événement » pourtant classiquement présenté comme ne pouvant être érigé en modalité, au sens des articles 1168 et suivants du Code civil⁷⁹⁸. Cela dit, ce trouble semble bien être d'ordre terminologique et ne reflète pas dans ces affaires une difficulté de qualification de la clause puisque la question, non pertinente au regard des faits, n'était pas posée aux différents tribunaux. Il n'en demeure pas moins que cette

⁷⁹⁴ V. par exemple CA Aix-en-Provence, 26 sept. 1996, *JurisData* n° 1996-047189. En l'espèce, un contrat de construction de maison individuelle a été annulé en raison de la renonciation du maître de l'ouvrage, lors de la signature du contrat, à la faculté de résiliation unilatérale qui lui était offerte, ainsi qu'au constructeur, par l'article R. 231-9 du Code de la construction et de l'habitation. Cette renonciation d'une part entraînait selon les magistrats un engagement immédiat et définitif du consommateur, ce qui constitue une clause abusive, et surtout d'autre part, l'obligation du constructeur – lequel disposait toujours de la faculté – apparaissait dès lors comme conclue sous *condition potestative*. V. encore CA Besançon, 11 déc. 2001, *JurisData* n° 2001-163705 (reconnaissance de l'existence d'une condition, non potestative, dans une clause de résiliation).

⁷⁹⁵ Il nous semble en effet délicat de concilier les décisions précitées du 28 juin 1965 et du 12 mai 1980 : dans la première de ces espèces, « rien n'interdisait » non plus au cocontractant de faire vérifier en justice la quantité d'appareils écoulée par l'autre partie dans l'année...

⁷⁹⁶ La terminologie employée renvoie, nous semble-t-il, à celle du terme extinctif.

⁷⁹⁷ V. ainsi et par ex. Cass. com., 11 janvier 1966, *Bull. civ.*, III, n° 17 (résiliation pour inexécution d'une obligation d'un bail commercial) ; Cass. 3^{ème} civ., 5 mars 1971, *Bull. civ.*, III, n° 175 (résolution d'une vente d'un terrain en raison de l'inexécution d'une obligation prévue par le contrat) ; V. plus récemment CA Toulouse, 24 février 2003, *JurisData* n° 2003-210065 (les magistrats emploient tout à la fois les termes de condition résolutoire et de clause résolutoire) ; Cass. 3^{ème} civ., 12 oct. 2005, *JurisData* n° 2005-030274 (*Idem*) ; Cass. 3^{ème} civ., 7 nov. 2007, *Bull. civ.*, III, n° 200 (clause de déchéance du terme en cas d'inexécution par l'emprunteur, qualifiée de condition résolutoire). Comp. Cass. 1^{ère} civ., 10 févr. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 50, *JCP éd. G* 1998, I, 155, n° 15 et s., obs. G. LOISEAU, la Cour décidant que l'exigence d'une quittance n'est pas une condition au sens des articles 1168 et s. du Code civil mais une modalité d'exécution de l'engagement. Il faut ici relever que la question de la compatibilité d'une obligation avec l'événement conditionnel portait sur l'exécution de ladite obligation et non sur son inexécution.

⁷⁹⁸ Cf. *infra*.

tendance à l'assimilation, même purement formelle – involontaire ? –, accomplie avec une légèreté faisant finalement fi de toute question théorique légitime, n'apporte pas de précision utile quant à la qualification des clauses de sortie, bien au contraire⁷⁹⁹.

353. La jurisprudence ne nous éclairant donc pas suffisamment sur la nature des clauses qui nous occupent⁸⁰⁰, il nous paraît indispensable de rapporter les réflexions doctrinales portant sur ce problème.

B. La doctrine et la nature de la clause de sortie

354. Encore une fois, la question de l'éventuelle assimilation de la stipulation d'une clause de sortie à la création d'une condition, modalité de l'obligation, n'a pas été vraiment abordée de front : il s'est en effet plutôt agi pour la doctrine de traiter de la notion de *potestativité* – directement ou dans le cadre d'une étude sur la notion de *condition* –, amenant ainsi parfois les auteurs à envisager, à la marge, les rapports entre les clauses de sortie – et plus précisément de résolution⁸⁰¹ – et cette notion. Le terrain n'en demeure pas moins fertile et il est temps de rapporter ces diverses propositions. Pour ce faire, dans un souci de la clarté, nous distinguerons, tout comme le fait classiquement la doctrine, les clauses de sortie visant l'inexécution d'une obligation (1.) de celles ne visant pas un tel événement (2.) : si l'autonomie de ces clauses au regard de la notion de condition paraît affirmée, les critères de distinction diffèrent.

1. L'autonomie de la clause résolutoire

355. La doctrine classique⁸⁰² présentait la clause résolutoire comme une condition résolutoire. Il s'agit du *pacte comissoire exprès*, que certains opposaient alors au pacte comissoire tacite prévu par l'article 1184⁸⁰³. Nul besoin de revenir sur la correction

⁷⁹⁹ V. ég., sur la « *confusion de mots* » concernant la *résiliation* et la *résolution*, T. GENICON, *La résolution pour inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 25 et s., p. 19 et s. et les auteurs cités.

⁸⁰⁰ V. ég. en ce sens M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 365, p. 265.

⁸⁰¹ La question n'a en effet pas été soulevée pour certaines clauses de sortie, qualifiées sans ambages de *condition* ; tel est le cas de la clause de déchéance du terme d'un prêt, (V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, précité), permettant certes la sortie, mais par l'imposition d'une forme d'exécution anticipée. Cela dit, cela n'en reste pas moins une sortie.

⁸⁰² V. entre autres R. J. POTHIER, *Traité des obligations, Partie III, Chap. VII, Art. II, Des conditions résolutoires*, n° 672 in *Œuvres de Pothier, T. II*, M. Siffrein – Chanson – Videcoq, 1821, p. 143 ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 548 et s. ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, T. XI*, Paris, Thorel et Guilbert, 4^{ème} éd., 1844, n° 84 et s., p. 93 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations, Partie I*, LGDJ, 2^{ème} éd. par P. ESMEIN, 1952, n° 436, p. 587.

⁸⁰³ V. Toullier et Troplong, cités par C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 549, pour lequel il s'agit, plus subtilement, « *d'opposer l'article 1184 à l'article 1183, et de constater la différence qui existe entre la*

apportée à l'analyse de cette résolution judiciaire par la doctrine du vingtième siècle, sauf à dire que celle-ci a démontré certaines faiblesses du raisonnement des auteurs classiques, en écartant la thèse de l'existence d'une condition résolutoire sous entendue comme fondement de l'institution⁸⁰⁴.

356. Mais les auteurs avaient généralement déjà relevé la particularité de cette clause au regard de la notion de condition telle que l'envisagent les articles 1168 et 1183⁸⁰⁵ car la résolution n'a point lieu de *plein droit*, puisque le créancier doit en général déclarer sa volonté de faire jouer la clause, et seul celui-ci peut s'en prévaloir, contrairement donc à la condition résolutoire « classique » ; elle était alors présentée tantôt comme une condition résolutoire spéciale⁸⁰⁶, tantôt comme une clause ressemblant à une condition résolutoire⁸⁰⁷, puisque la justice n'a pas à être saisie pour que la résolution opère. Plus récemment, la séparation a été renforcée : des auteurs distinguent ainsi nettement la clause résolutoire de la condition résolutoire⁸⁰⁸ en raison de la nature de l'événement pris en compte, *l'inexécution d'une obligation*⁸⁰⁹ (a.), et parce que cela présente un intérêt au regard du régime de ces notions (b.).

condition résolutoire en général, et la condition résolutoire spéciale qui résulte de l'inexécution des obligations du contrat, et que l'on désigne, en effet, spécialement sous le nom de pacte commissoire ».

⁸⁰⁴ V. pour un rappel de cette évolution doctrinale J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, op. cit., n° 391 et s., p. 537 et s. V. encore récemment pour une approche renouvelée de la matière T. GENICON, *La résolution pour inexécution*, op. cit.

⁸⁰⁵ V. C. DEMOLOMBE, op. cit., loc. cit., lequel auteur relève « la différence qui existe entre la condition résolutoire en général, et la condition résolutoire spéciale qui résulte de l'inexécution des obligations du contrat, et que l'on désigne, en effet, spécialement sous le nom de pacte commissoire ». Et l'auteur de poursuivre plus loin, à propos des conséquences de la stipulation d'un pacte commissoire exprès : « si les parties ne sont plus tout à fait sous l'empire de l'article 1184, elles ne sont pas non plus tout à fait sous l'empire de l'article 1183 » (n° 553). Il relève ainsi tout à la fois la différence entre la résolution prévue à l'article 1184 et la clause résolutoire, mais également, et surtout, celle existant entre la condition résolutoire en général et la résolution pour inexécution prévue par le contrat. V. encore F. LAURENT, *Principes de droit civil français, Tome XVII*, Bruylant, 2^{ème} éd., 1876, n° 157 ; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, Tome III, Article 1184*, Durand et Pédone-Lauriel, 1885, n° 55.

⁸⁰⁶ V. clairement en ce sens C. DEMOLOMBE, op. cit., loc. cit. V. plus implicitement C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, Tome IV*, Editions techniques, 6^{ème} éd. par E. BARTIN, § 302, p. 114 et s.

⁸⁰⁷ V. par ex. L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, Tome III, Article 1184*, op. cit., loc. cit.

⁸⁰⁸ V. toutefois, estimant que la clause résolutoire est une condition résolutoire, P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, 12^{ème} éd., 2012, n° 439, p. 339 ; P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTD civ. 1999, p. 771 et s., spéc. n° 47.

⁸⁰⁹ V. déjà, prenant la forme d'une « transition » entre la doctrine classique et les dernières études, J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, RTD civ. 1957, p. 433 et s., spéc. n° 22, p. 448 : « l'inexécution prévue par la clause ne saurait être assimilée à une condition résolutoire ordinaire – événement fortuit, **en tout cas exclusif de toute idée d'inexécution** – [...] » (nous soulignons). Par où l'on voit bien que, d'une part, l'auteur n'a pas abandonné toute idée de parenté entre les deux notions, mais que, d'autre part, l'inexécution lui semble incompatible avec l'« événement » visé par l'article 1168 du Code civil. *Contra* : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit., loc. cit.*

a. *La justification de la distinction*

357. Pour justifier la distinction, on dit parfois que la rupture en raison d'une inexécution est fondée sur « *la connexité des avantages réciproques* »⁸¹⁰ instituée par le contrat et que « *la clause résolutoire n'a donc pas la physionomie d'une relation de dépendance conditionnelle, puisqu'elle n'instaure pas le principe de la résolution en cas d'inexécution de l'obligation, mais ne fait que l'aménager en rendant cette dernière plus ou moins automatique* »⁸¹¹. Une partie de la doctrine considère en effet que l'inexécution contractuelle n'est pas extrinsèque au rapport de droit et n'a pas, surtout, le caractère incertain⁸¹² de l'événement conditionnel⁸¹³.

358. Pour résumer cette approche, d'une part il est certain subjectivement – c'est-à-dire dans l'esprit des parties – que l'obligation sera exécutée et que, d'autre part et sous l'angle de l'approche normative de l'incertitude, « *lorsqu'un événement est érigé en condition, les parties envisagent et acceptent de la même façon les deux branches de l'alternative : l'événement peut se produire tout comme il peut ne pas se produire. Dans les deux cas, il s'agit d'une situation tout à fait normale pour les parties qui, lorsqu'elle se réalise, entraîne un certain nombre de conséquences sur le contrat, sans que l'on puisse voir dans ces dernières l'idée d'une sanction à l'égard de l'un des contractants* »⁸¹⁴. Il s'en suit alors, selon cette conception, qu'il est « *exclu que l'inexécution puisse être une condition. Il ne s'agit pas d'un événement dont les parties acceptent l'éventualité. L'inexécution d'une obligation et la condition sont incompatibles. Eriger l'inexécution en condition reviendrait à permettre au débiteur de ne pas accomplir*

⁸¹⁰ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 397, p. 295.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² Essentiellement dans ses composantes subjective et normative ; v. entre autres, pour un exposé des distinctions à opérer en termes d'incertitude, I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse (dactyl.) Montpellier, 1984, spéc. n° 193, p. 203 et s. ; F. PEROCHON, *La réserve de propriété (dans la vente de meubles corporels)*, Bibl. dr. entr., Litec, 1988, préf. F. Derrida, avant-propos J.-M. Mousseron, n° 55 et s., p. 54 et s. ; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 130 et s., p. 142 et s. Adde, O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., n° 419 et s., p. 158 et s. et n° 697 et s., p. 260 et s. ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 397 et s., p. 295 et s.

⁸¹³ V. notamment en ce sens J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, *Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, op. cit., n° 157, p. 224 et n° 391, p. 540 ; I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, op. cit., loc. cit. ; H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. I. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, 1998, n° 1039, p. 1092 ; B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *Droit civil. Les Obligations. 3. Régime général*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n° 1954 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., loc. cit.

⁸¹⁴ O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., n° 701, p. 261. L'auteur s'appuie sur les développements de Madame Pétel-Teyssié (*Les durées d'efficacité du contrat*, op. cit., loc. cit.).

sa prestation et donc à supprimer l'existence d'une obligation »⁸¹⁵, puisqu'il est admis que la condition, qu'elle défaille ou qu'elle s'accomplisse, n'appelle pas de sanction. Le caractère pénal de la clause résolutoire, son aspect sanctionnateur du débiteur défaillant, permet donc la différenciation⁸¹⁶. Formulé d'une autre manière, le « critère de la distinction entre la clause et la condition réside dans l'existence d'une obligation. Il faut rechercher si l'acte que l'une des parties doit accomplir est pour elle obligatoire »⁸¹⁷.

359. Même à admettre le caractère incertain de l'inexécution⁸¹⁸, Monsieur le Professeur Paulin, reconnaissant les difficultés engendrées – ou plutôt non résolues – par la méthode de distinction ci-dessus rapportée⁸¹⁹, arrive à caractériser la spécificité de la clause résolutoire en faisant appel en définitive à la raison qui pousse un contractant à stipuler une condition ou une clause résolutoire, au but poursuivi par les parties, à l'objet de la clause⁸²⁰ : la condition est un « moyen de subordonner l'existence du contrat aux motifs qui ont présidé à sa conclusion », « à la satisfaction du but pour lequel il a été conclu » alors que « la clause résolutoire sanctionne le débiteur qui ne respecte pas ses engagements »⁸²¹.

360. On voit donc bien l'importance du caractère pénal de la clause résolutoire : « chassé » avec l'appréciation de l'incertitude de l'événement dont il était une composante, il revient accompagné de la volonté des parties lors de la stipulation de la disposition contractuelle : ont-elles voulu sanctionner une obligation ou ont-elles désiré s'assurer que le contrat apportera, comme il était originellement envisagé, satisfaction ? Il s'agira alors respectivement d'une clause résolutoire ou d'une condition.

⁸¹⁵ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 132, p. 144. V. ég. en ce sens, M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 397, p. 295.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ *Ibid.* V. ég. J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, op. cit., loc. cit.

⁸¹⁸ Monsieur le Professeur Paulin, il faut le dire, tient à concilier cette nature pénale de la clause résolutoire avec les développements de Madame le Professeur Pérochon qui propose, moyennant remaniement de l'incertitude requise quant à l'événement conditionnel, une définition de la condition permettant d'y intégrer le pacte commissoire exprès.

⁸¹⁹ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., loc. cit. : « La distinction entre la clause et la condition est cependant parfois [...] difficile à mettre en œuvre. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'événement est une condition ou l'accomplissement d'une obligation ». L'auteur donne comme exemple la clause de quotas dans le contrat de concession. Exemple d'ailleurs repris par Monsieur Milhac (*La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., n° 706 et s., pp. 264-265) qui s'en remet à la volonté des parties – qu'il va falloir alors interpréter ! – pour la qualification éventuelle de clause résolutoire... laquelle clause de quotas ne peut en tous les cas, selon lui, être une condition résolutoire.

⁸²⁰ V. ég. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 398, pp. 295-296.

⁸²¹ *Ibid.*, n° 134, pp. 146-147.

361. Par cette approche, la clause résolutoire ne représente en définitive qu'« *une appropriation contractuelle du mécanisme légal* »⁸²² de sanction de l'inexécution, à savoir la résolution judiciaire. Compte tenu alors du fondement que certains donne à cette dernière, à savoir la protection d'une certaine connexité⁸²³, la clause résolutoire « *est donc moins fondée sur la notion de condition que sur l'idée de cause* »⁸²⁴.

b. L'intérêt de la distinction

362. Selon certains auteurs⁸²⁵, la distinction doit absolument être opérée dans la mesure où le régime de la clause résolutoire diffère fortement de celui de la condition résolutoire. À ce titre, tout d'abord, il est relevé que la clause résolutoire ne doit jouer qu'en cas d'inexécution fautive du débiteur, ce qui exclut que le créancier puisse s'en prévaloir si le débiteur a été empêché par la survenance d'un cas de force majeure. On retrouve ici l'idée que la clause résolutoire a davantage pour objet de sanctionner une faute⁸²⁶ que de prendre en compte la survenance d'un événement déterminé. À l'inverse le jeu de la condition résolutoire est étranger à toute idée de justice privée, de sorte qu'elle doit jouer automatiquement, même en cas de force majeure. Dans le prolongement, ensuite, la condition opère en principe sans que la partie dans l'intérêt de laquelle elle a été stipulée n'ait à se manifester, alors qu'en règle générale la clause résolutoire n'a aucun effet automatique, nécessitant généralement pour sa mise en œuvre, non seulement une déclaration du créancier de s'en prévaloir, mais également une mise en demeure. Enfin, les auteurs rappellent que l'enjeu est également de savoir qui peut se prévaloir du

⁸²² T. GENICON, *La résolution pour inexécution*, *op. cit.*, note 26 du n° 101, p. 75. *Contra* C. PAULIN, *op. cit.*, n° 137, p. 150 : « à l'évidence, la clause [résolutoire] ne peut être définie comme un aménagement de la résolution judiciaire ». Il s'agit pour ce dernier auteur de prendre en compte le fait que la résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution due à un événement fortuit, alors que la clause résolutoire ne peut trouver à s'appliquer en ce cas là.

⁸²³ V. en ce sens l'ensemble des ouvrages présentant la résolution judiciaire comme une règle propre au caractère synallagmatique. V. plus clairement C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, *op. cit.*, n° 388, p. 208 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 397, p. 295. Comp. T. GENICON, *op. cit.*, n° 125 et s., p. 91 et s. Cet auteur démontre que l'inexécution d'une obligation n'a aucun effet immédiat « *sur l'existence de la contre-obligation, et donc sur l'existence du contrat synallagmatique dans son ensemble* » ; en conséquence, la résolution « *n'est jamais un état de fait qui se constate, mais une décision prise délibérément par le juge ou une partie en réaction à l'inexécution [...]* » (*ibid.*, n° 167, p. 123).

⁸²⁴ M. LATINA, *op. cit.*, n° 399, p. 297.

⁸²⁵ V. par ex. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 135, p. 148 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, n° 707, p. 264, à propos de la distinction entre la clause de quota (sur laquelle cf. *supra*) et la condition résolutoire ; v. encore M. LATINA, *op. cit.*, n° 398, pp. 296-297.

⁸²⁶ J. MESTRE, *RTD civ.* 1987, p. 317.

mécanisme institué, puisque la clause résolutoire est stipulée dans le seul intérêt du créancier, alors que la condition peut être prévue dans l'intérêt commun des parties.

2. *L'autonomie des autres clauses de sortie*

363. Même si, comme il a déjà été dit, la question de la nature de ces stipulations n'a pas été souvent abordée, on peut cependant trouver des développements, à propos d'ailleurs de l'éventuelle assimilation de ces dispositions contractuelles à des conditions résolutoires. On doit alors constater que les réflexions vont généralement dans le sens du rejet de la qualification de condition ; et ce, pour des raisons ayant trait au régime de la condition tel qu'envisagé par les rédacteurs du Code civil.

364. Tout d'abord, il est dit généralement que la clause de résiliation ne concerne pas, contrairement à la condition, l'existence de l'obligation mais sa durée⁸²⁷. C'est souligner, nous semble-t-il, l'absence en général de rétroactivité dans les effets de la sortie ; partant, ceci conduit à exclure la qualification de condition résolutoire, laquelle, en principe, rétroagit. On peut également, à l'instar de la clause résolutoire, relever l'absence d'automatisme dans les effets de la clause de résiliation tout comme le fait qu'elle peut être – et elle l'est très souvent – stipulée dans l'intérêt d'un seul des contractants⁸²⁸. Plus précisément, et nous touchons là à l'argument le plus élaboré à l'encontre d'un rapprochement entre la clause de sortie et la condition, il est vrai que la clause de sortie nécessite en principe une déclaration de volonté de son titulaire pour pouvoir dérouler ses effets : la clause n'aurait jamais que pour effet de venir limiter la durée du contrat, et cet « *effet nouveau, qui émane de la décision unilatérale de l'auteur de la rupture, est incompatible avec la notion de condition : la réalisation des effets de la condition, lorsque celle-ci s'accomplit, réside seulement dans un développement de la volonté contractuelle exprimée lors de la formation du contrat, sans qu'un pouvoir*

⁸²⁷ V. en ce sens S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre, avant-propos I. Najjar, précité, n° 78, pp. 61-62 ; n° 107, p. 75. *Adde*, n° 165, p. 103, à propos des droits de résiliation unilatérale ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, n° 196 et s., p. 67 et s ; Comp. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. I. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, 1998, *Lectures*, p. 854. V. encore Cass. civ., 2 mai 1900, préc. ; Cass. 3^{ème} civ., 16 janv. 1974, préc.

⁸²⁸ V. à ce sujet, relevant « *l'émergence de la notion de "condition unilatérale"* », M. LATINA, *op. cit.*, n° 488 et s., p. 367 et s. (l'auteur souligne).

juridique propre soit conféré à la volonté unilatérale pour créer une situation juridique nouvelle »⁸²⁹.

365. Force est alors d'admettre que l'on s'éloigne du régime « commun » de la condition, modalité de l'obligation. Seulement, cet apparent éloignement ne nous paraît pas devoir entraîner le refus catégorique de l'assimilation de ces notions : il est temps de procéder à une synthèse des positions évoquées afin de dégager une vision d'ensemble des mécanismes – condition résolutoire et sortie –, vision dont la cohérence nous semble devoir passer, sinon par une certaine unification, au moins par la recherche d'une réconciliation.

C. Essai de synthèse

366. À la lecture des travaux portant sur la condition résolutoire et les diverses clauses qui nous occupent, un constat nous est apparu : d'une part la jurisprudence ne semble pas vouloir faire forcément le départ entre une stipulation contractuelle contenant une condition au sens des articles 1168 et suivants du Code civil et une clause instituant une possibilité de sortie de la relation ; à tout le moins le traitement n'est pas homogène ; alors que, d'autre part, la doctrine tente généralement de les distinguer.

367. Il nous semble alors, comme à d'autres⁸³⁰, que le juge a de son côté trouvé dans cette confusion organisée un outil flexible lui permettant, lorsqu'il lui appartient de trancher un contentieux relatif à la sortie d'un contractant, de prendre en compte les circonstances de fait qu'il lui plaira de considérer comme importantes ; la doctrine, au contraire, dans une optique de stricte orthodoxie juridique, tient d'une manière générale à distinguer la condition de la clause de sortie, ou encore la clause résolutoire de la clause de résiliation, du fait, souvent, de la différence de régime qui en découle... ne s'agit-il pas alors d'un raisonnement circulaire⁸³¹ ?

⁸²⁹ C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, *op. cit.*, n° 312, p. 416.

⁸³⁰ V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 134, p. 87 : « les juges se gardent bien d'énoncer les définitions classiques des conditions, comme s'ils désiraient ne pas s'enfermer dans des schémas trop rigides afin de pouvoir prendre leurs décisions en prenant compte des diverses circonstances de fait ».

⁸³¹ La question peut se poser, car il nous semble que des auteurs veulent distinguer les clauses de sorties de la condition en raison des différences de régimes – rétroactivité, automatisme, personnes pouvant s'en prévaloir ; mais, bien souvent, pour arriver au résultat escompté, il est fait appel aux différences de régime...

368. Il nous paraît pourtant possible de concilier ces diverses positions tout en qualifiant de conditions résolutoires les clauses de sorties. Les apparentes différences de régime ne doivent pas conduire à exclure cette qualification mais à l'affiner, car la raison d'être de cette notion légale nous semble entièrement compatible avec l'objectif poursuivi à travers la stipulation de clauses de sortie. C'est dire, en fait, qu'au lieu de rejeter cette qualification en bloc, comme ne correspondant pas dans ses effets aux clauses de sortie, il convient d'en revenir à la fonctionnalité du concept de condition. Dans ce cadre, l'intérêt qu'il y a à distinguer les clauses de sortie de la notion de condition au sens des articles 1168 et suivants du Code civil ne nous paraît pas être un argument convaincant (1.) pour forcer une distinction qui peut être combattue (2.) afin de parvenir à une qualification satisfaisante (3.).

1. Sur l'intérêt de la distinction et les différences de régime

369. Le régime ne doit pas guider la *raison d'être* ; c'est pour cela qu'il nous paraît erroné, sous le couvert paradoxal de l'orthodoxie juridique, de refuser la qualification de condition au motif – peu explicite – que « *la clause litigieuse [...] n'affectait pas l'existence de la convention, mais seulement sa durée et ne constituait pas une condition au sens de l'article 1168 du Code civil* »⁸³². La Cour de cassation nous semble dire que la sortie, en l'absence de rétroactivité, ne relève pas du mécanisme conditionnel, s'évitant ainsi l'analyse d'une éventuelle et dérangeante potestativité⁸³³.

370. Ce régime, nul besoin de s'y attarder plus pour l'instant⁸³⁴, n'est de toute façon pas incompatible avec celui de la condition⁸³⁵. C'est alors l'intérêt de la distinction, comme l'un de ses critères, qui sont sensiblement entamés : l'automatisme du jeu de la condition n'est pas d'ordre public⁸³⁶ et peut donc être écarté par les parties, ce qui est très souvent le cas par l'emploi quasi-systématique de formules telles que « *aura le droit de résilier* », « *pourra* » ou « *si bon lui semble* ». Il en va de même concernant la rétroactivité, laquelle mérite de plus d'être précisée⁸³⁷, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un

⁸³² Cass. 3^{ème} civ., 16 janv. 1974, préc. ; v. déjà dans le même esprit cass. civ., 2 mai 1900, préc.

⁸³³ V. ég. en ce sens M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 365, p. 265.

⁸³⁴ Cf. *infra*.

⁸³⁵ En ce sens, à propos de la résolution pour inexécution, quelle soit judiciaire ou prenne appui sur une clause résolutoire, v. T. GENICON, *La résolution pour inexécution*, op. cit., n° 99, pp. 73-74.

⁸³⁶ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 9 janv. 1980, *Bull. civ.*, III, n° 12 ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, op. cit., n° 202, pp. 68-69 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, op. cit., n° 1319, p. 702.

⁸³⁷ Cf. *infra*.

contrat à exécution s'étalant dans le temps, domaine d'élection des clauses de sortie ; dans ce cadre, toute rétroactivité ne doit pas forcément être écartée. Ensuite, il est admis⁸³⁸ qu'une condition puisse être stipulée dans l'intérêt d'un seul des cocontractants, ce qui est très souvent le cas d'une clause de sortie ; enfin, s'il est vrai que la jurisprudence, constante, refuse le jeu de la clause résolutoire en cas d'inexécution fortuite⁸³⁹, il s'agit selon nous d'une mauvaise solution, tant au regard de l'objet de la clause tel que nous le concevons, qu'en considération du rôle que doit jouer la liberté contractuelle : toute clause de sortie a pour objet de prémunir son bénéficiaire, en lui offrant une faculté de s'extirper de la relation, contre une perte d'intérêt qu'il pourrait subir en cours d'exécution du contrat. Si cette perte d'intérêt provient d'une inexécution contractuelle du partenaire, la teneur et les conséquences de l'atteinte à l'intérêt du bénéficiaire – éléments qui commandent sa volonté de sortir – ne sont pas fonction de l'origine de l'inexécution. En d'autres termes, peu importe pour lui si l'inexécution est fautive ou non : si le contrat ne présente plus assez d'intérêt, il voudra en sortir ; et si une clause est prévue pour cela, visant « simplement » l'inexécution d'une obligation du contrat, on ne voit alors pas pourquoi il faudrait ajouter à la volonté des parties en exigeant que l'inexécution soit fautive⁸⁴⁰. D'autant plus que cette solution n'a pas cours en matière de résolution judiciaire, puisque le juge prononce, en application de la théorie des risques⁸⁴¹, l'anéantissement du contrat inexécuté en raison d'un cas de force majeure⁸⁴².

⁸³⁸ V. par ex. J.-J. TAISNE, *Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition*, n° 86, JurisClasseur Civil Code, art. 1175 à 1180. Il en résulte que le bénéficiaire peut renoncer, unilatéralement, au jeu de la condition une fois l'événement dissipé – accompli ou défailli. V. par ex. Cass. com., 2 juill. 1974, *Bull. civ.*, IV, n° 216. - Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1996, *Bull. civ.*, III, n° 163 ; *Deffrénois* 1996, 1359, obs. P. DELEBECQUE ; Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1998, *JCP éd. G* 1998, IV, n° 2097 ; *Deffrénois* 1998, p. 691, note J.-L. AUBERT.

⁸³⁹ V. déjà Cass. com., 11 janv. 1966, *Bull. civ.*, III, n° 17 ; Cass. com., 19 juill. 1966, *Bull. civ.*, III, n° 367 ; *Rev. loyers* 1967, p. 94. V. aussi Cass. 3^{ème} civ., 24 juin 1971, *D.* 1971, somm. p. 138 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1971, *Bull. civ.*, I, n° 212 ; Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 1989, *Rev. loyers* 1989, p. 418 ; *Loyers et copr.* août-sept. 1989, p. 14, n° 386 ; Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 1990, *Bull. civ.*, III, n° 238. V. encore récemment Cass. 3^{ème} civ., 17 févr. 2010, *Bull. civ.*, III, n° 47 ; *LEDC* 2010, p. 2, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *JCP éd. E* 2010, n° 13, p. 1316, obs. E. CHAVANCE ; *RDC* 2010, p. 818, note T. GENICON et p. 847, note S. CARVAL.

⁸⁴⁰ V. dans le même sens T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 349, pp. 252-253, relevant que la jurisprudence « a décidé, à l'encontre de la volonté des parties, de bloquer la résolution contractuelle pour des motifs d'opportunité ».

⁸⁴¹ V. en ce sens F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 650, pp. 657-658. V. en dernier lieu, concernant les liens entre la théorie des risques et la théorie de la résolution pour inexécution et leur critique, T. GENICON, *op. cit.*, n° 127 et s., p. 91 et s.

⁸⁴² Cass. civ., 14 avr. 1891, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, n° 179, p. 261.

2. Sur le critère de l'incertitude

371. On doit reprendre les critères permettant la qualification de condition, qu'ils aient trait à la *nature de l'événement* ou à l'*utilité de la modalité* telle qu'envisagée originellement ; critères qu'il convient alors, bien entendu, d'adapter aux changements incontestablement intervenus sur les figures contractuelles.

372. Tout d'abord, donc, la clause doit viser *un événement futur et incertain*⁸⁴³. Il était également auparavant fait mention de la nécessité du caractère « *extrinsèque au rapport de droit* » de l'événement conditionnel⁸⁴⁴, l'inexécution contractuelle paraissant dès lors devoir être exclue du « champ conditionnel ». Cependant, d'une part, à la lecture des derniers développements consacrés à la notion⁸⁴⁵, ce critère semble avoir été délaissé ; peut-être parce que, d'autre part, l'incertitude est une notion qui englobe le caractère futur⁸⁴⁶ mais également selon nous cette exigence d'extériorité ; on ajoutera, enfin et surtout, que ce caractère de la condition peut être apprécié plus strictement, de sorte que l'exigence sera considérée comme satisfaite si la condition ne vise pas un élément constitutif du contrat ou l'exécution d'une obligation essentielle⁸⁴⁷, or l'inexécution d'une obligation, fût-elle essentielle, est à distinguer de l'exécution de l'obligation elle-même⁸⁴⁸.

373. Passé cet « obstacle », un problème subsiste, comme il a été vu, au niveau de l'exigence d'incertitude⁸⁴⁹. Concernant les clauses de « *résiliation-sauvegarde* »⁸⁵⁰, c'est-à-dire celles qui ne visent pas l'inexécution d'une obligation contractuelle, le problème ne se pose guère : les événements prévus ont bien souvent une coloration casuelle suffisante – contraintes économiques dues à l'évolution des marchés, changements d'ordre

⁸⁴³ V. l'article 1168 du Code civil.

⁸⁴⁴ V. par ex. H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 1039, p. 1092.

⁸⁴⁵ V. par ex. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit., loc. cit.* ; F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.* ; O. MILHAC, *op. cit.*

⁸⁴⁶ En ce sens v. O. MILHAC, *op. cit.*, n° 48, p. 19.

⁸⁴⁷ C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 130, p. 142, note 2 et les auteurs cités.

⁸⁴⁸ Rappr. à ce propos J. VANDAMME, *D. P.* 1934, I, p. 151, spéc. p. 153. L'auteur, discutant de la possibilité d'ériger en condition le paiement du prix dans une vente, admet tout de même qu'il y a « *une inélégance juridique à faire dépendre la naissance d'un contrat d'un événement qui, normalement, en constitue l'exécution et donc en marque la perfection* ». Or, pour ce qui nous occupe, et sans aller jusqu'à trouver cela élégant, il s'agit de faire dépendre l'extinction d'un contrat de la survenance d'un événement qui n'est point « normal », tout en restant probable.

⁸⁴⁹ Nous postulons donc que la clause vise bien un événement futur. Dans le cas contraire, très peu probable, l'engagement sera alors « *non avenue* » (F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1218, p.1159, note 2). Ce problème, au regard de notre étude, n'a au demeurant rien de spécifique.

⁸⁵⁰ J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, n° 1375, p. 548.

politiques ou juridiques... L'événement est bien ici incertain quant à sa date et quant à sa réalisation même. Plus encore, quand bien même l'événement serait, de manière absolue, seulement incertain quant à la date de sa réalisation⁸⁵¹, l'encadrement temporel de la relation, le caractère par ailleurs déterminée de la durée, change nécessairement la situation : s'il est inéluctable que le cocontractant personne physique décède un jour, il est n'est pas certain que cela se produise pendant la durée prévue pour le contrat. Il n'y a donc aucune raison de ne pas envisager ces clauses comme des conditions.

374. Quant à la clause résolutoire, nous l'avons vu, son caractère pénal pose problème puisque, rappelons-le, les *composantes subjective et normative* de l'incertitude conduisent selon certains à exclure la qualification de condition⁸⁵². Il est en effet censé être certain, dans l'esprit des cocontractants, que l'exécution aura lieu ; sinon pourquoi s'engager dans une relation contractuelle ? Cette question n'est cependant pas forcément pertinente et nous en poserons une autre : pourquoi, alors que les parties envisagent de manière certaine l'exécution, ont-elles pris soin d'insérer une clause résolutoire ? La fonction comminatoire indéniable de cette stipulation ne suffit pas à expliquer la fréquence des clauses résolutoires dans les contrats, quels qu'ils soient. La réponse est claire : la confiance régnant entre les parties, nécessaire en théorie à la formation d'un contrat, ne va pas toujours, loin s'en faut, jusqu'à assurer à l'une d'entre elles l'exécution des obligations de l'autre. L'inexécution, fortuite ou non, est envisagée, cela ne fait nul doute⁸⁵³ : la certitude de l'exécution ne serait-elle pas alors plutôt un *espoir suffisant*⁸⁵⁴, justifiant la conclusion d'un contrat pour la réalisation d'une opération économique dont il sera le support ? Comme l'expose Madame le Professeur Pérochon, « *le simple fait pour les parties de convenir d'une garantie particulière [...] révèle avec éclat leur perception de l'incertitude objective [...], constituant ainsi l'incertitude subjective requise par le droit positif* »⁸⁵⁵. Même à « classer » cette clause dans la catégorie des

⁸⁵¹ Cf. *supra*.

⁸⁵² Cf. *supra*. Nous admettons qu'*objectivement* l'inexécution est incertaine

⁸⁵³ V. en ce sens. H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in *Mélanges Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 643 et s., spéc. p. 651

⁸⁵⁴ Cf. *supra*.

⁸⁵⁵ F. PEROCHON, *La réserve de propriété (dans la vente de meubles corporels)*, *op. cit.*, n° 61, p. 58. Et l'auteur, traitant de la clause de réserve de propriété dans la vente, de poursuivre plus loin : « *que l'inexécution soit contraire au droit ne saurait contraindre celui qui en sera peut-être la victime à s'engager comme si ce risque n'existait pas* ». « *L'opinion contraire, fondée sur une vision idéaliste du droit, devrait conduire à l'interdiction générale des sûretés dont la raison d'être est précisément la distorsion entre ce qui devrait être et ce qui est...* » (*Ibid.*, n° 64, p. 61 et sa note 94).

« clauses de style », l'affirmation n'en demeure pas moins vraie : l'habitude, la standardisation, n'évincent pas selon nous la prise de conscience du risque d'inexécution.

375. En s'attachant toujours à la nature de l'événement, mais selon une vision *normative* de l'incertitude requise, l'inexécution ne pourrait être érigée en événement conditionnel car cela conduirait à admettre l'existence d'une irresponsabilité du débiteur défaillant : celui-ci disposerait finalement d'une option entre l'exécution et l'inexécution⁸⁵⁶, ce qui, il faut bien en convenir, ne serait pas admissible au regard de la conception française du contrat, c'est dire de l'équilibre opéré entre l'utilitarisme et le respect de la parole donnée. Encore une fois, cependant, le manque de fondement de cette exigence d'incertitude normative a été démontré⁸⁵⁷ : il est évident que la défaillance d'une condition liée à un événement totalement indépendant de la volonté n'entraîne aucune responsabilité ; il nous paraît cependant erroné d'y voir le fondement d'un principe général d'irresponsabilité en cas de défaillance d'une condition, en postulant alors qu'il faut exclure la qualification de condition chaque fois que la défaillance relèverait du manquement contractuel : *« rien n'autorise selon nous à déduire de cette absence de sanction spéciale que l'absence générale, absolue, de toute sanction soit inhérente à la notion même de condition. La licéité de la défaillance ne nous paraît pas nécessaire à la qualification de condition : simplement, si l'événement devait se produire et qu'ainsi la défaillance de la condition soit illicite, elle doit être sanctionnée selon les règles de droit commun conformément à sa nature propre »*⁸⁵⁸. « Sanction d'une inexécution » et « événement conditionnel » ne paraissent alors plus incompatibles. C'est du coup le critère « obligationnel » ou « pénal », qui perd de sa vigueur, conduisant ainsi les partisans de la distinction à la chercher ailleurs.

376. « Ailleurs », ce n'est d'ailleurs pas forcément « très loin », puisque le dernier argument⁸⁵⁹ que nous relèverons à l'appui de la différenciation a toujours trait au

⁸⁵⁶ Cf. *supra*.

⁸⁵⁷ V. F. PÉROCHON, *La réserve de propriété (dans la vente de meubles corporels)*, *op. cit.*, n° 62, p. 59

⁸⁵⁸ *Ibid.* Comp. P.-A. BON, *La condition portant sur l'exécution d'une obligation*, PA 26 juin 2007, n° 127, p. 3 et s. Cet auteur, raisonnant sur la possibilité d'ériger en condition suspensive l'exécution d'une obligation, remet en cause l'analyse de Madame le Professeur Pérochon en relevant l'effet rétroactif de la condition suspensive : cet effet implique un anéantissement de la convention ayant fait naître ladite obligation, ce qui conduit à la disparition de cette dernière ; par suite, aucune sanction ne peut être envisagée puisqu'il n'y a pas d'obligation.

⁸⁵⁹ V. ég. pour une autre approche de la distinction T. GENICON, *La résolution pour inexécution*, *op. cit.*, n° 98 et s., p. 73 et s. L'auteur distingue la condition résolutoire de la résolution pour inexécution *en général*. Il fait appel pour cela à une vision unitaire de la résolution pour inexécution, qu'elle soit donc d'origine conventionnelle ou judiciaire ; il comprend ainsi cette institution comme un mécanisme

caractère pénal, indéniable, de la clause résolutoire. Il est fait appel, au travers d'une approche plus subjective que normative, à l'intention des parties lors de l'insertion de la disposition contractuelle. La question doit être posée : qu'ont-elles voulu ? Permettre la sanction extrajudiciaire d'un débiteur défaillant ou s'assurer contre la survenance d'un événement ayant « *pour conséquence de rendre le contrat dépourvu d'intérêt pour une partie, de l'empêcher d'atteindre son but* »⁸⁶⁰ ? Cette interrogation suppose alors que l'on dépasse l'aspect *conceptuel* de la notion de condition, renvoyant à la nature de l'événement, pour s'intéresser davantage à son aspect *fonctionnel*⁸⁶¹. C'est dire, en fait, qu'il faut s'accorder sur la méthode de qualification de la condition : plutôt que de s'attacher exclusivement à caractériser l'événement conditionnant, on se penche sur la fonction de la stipulation. Il faut ensuite admettre que la condition est plus qu'une simple modalité de l'obligation en ce qu'elle permet « d'essentialiser » les circonstances dont la survenance éventuelle permettra sa mise en œuvre : « *cette conception a le mérite de rétablir la dimension essentielle de la condition, dans la mesure où celle-ci est un élément tout aussi important aux yeux des parties que peut l'être l'objet ou la cause du contrat [...]* »⁸⁶². Ce n'est pas la validité de la convention qui dépend de la réalisation ou, en ce qui concerne notre étude, de la non-réalisation de la condition, mais son efficacité ; il s'agit donc de savoir, pour la qualification, si les parties ont voulu suspendre la fin de l'efficacité des obligations à la survenance de certains événements qui entamerait leur intérêt à voir la relation perdurer.

377. Dans ce cadre, il nous semble que les motifs animant les contractants lors de l'insertion d'une clause résolutoire sont les mêmes que ceux qui les conduisent à prévoir une condition résolutoire de leur engagement : s'assurer contre une baisse de leur

permettant de résoudre un contrat en raison *des incidences du manquement* sur la poursuite des relations et non seulement en raison de la seule existence d'un manquement. Cette appréciation des conséquences conduira alors le juge à résoudre ou non la convention. La clause résolutoire n'étant pour cet auteur qu'une appropriation du mécanisme légal, il en arrive à distinguer cette disposition contractuelle, dont la mise en œuvre résulte d'une décision, « *de l'expression d'un choix* » (*ibid.*, n° 100, p. 75) du créancier eu égard aux incidences du manquement, de la condition, liant « *le sort du contrat à un événement matériel* » (*idem*) et non pas à une quelconque appréciation. C'est selon nous tout de même négliger, comme il a été vu, la possibilité de renoncer au jeu d'une condition, acte de volonté témoignant d'un choix ; c'est aussi assimiler la décision d'un cocontractant à celle du juge.

⁸⁶⁰ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 134, p. 147.

⁸⁶¹ V. à ce sujet, P. DEROUIN, *Pour une analyse fonctionnelle de la condition*, *RTD civ.* 1978, p. 1 et s. ; J.-D. PELLIER, *Les conflits de qualification entre le terme et la condition*, *RRJ* 2008/2, p. 913 et s, spéc. n° 26 et s., p. 937 et s.

⁸⁶² J.-D. PELLIER, *art. cit.*, n° 29, p. 940. L'auteur donne, entre autres, comme illustration de l'importance de la condition au sein du contrat, la règle édictée par l'article 1172 du Code civil, permettant de faire un parallèle avec l'objet ou la cause du contrat.

intérêt⁸⁶³ pour l'exécution de la convention telle que prévue originellement. Et l'argument selon lequel la clause résolutoire « *est donc moins fondée sur la notion de condition que sur l'idée de cause* »⁸⁶⁴ est également fragile puisque, nous l'avons vu, les notions de cause et d'intérêt ne sauraient être opposées frontalement. Ce n'est ainsi que la source de la baisse ou de la disparition de cet intérêt qui diffère⁸⁶⁵ : survenance d'un événement totalement étranger au contrat, d'un manquement contractuel ou d'une autre circonstance qui emprunte aux deux précédentes. Si cette différence est stigmatisée formellement par le contenu de la clause et oblige ainsi les parties, lors de la phase de conclusion, à prévoir les différents événements à prendre en compte lors de la phase d'exécution, elle ne suffit pas à exclure une unité fonctionnelle : il s'agit dans tous les cas de se prémunir contre une perte d'intérêt « contractuel » en se réservant une possibilité de sortir de la relation, au moyen d'une disposition dont la fonction est de provoquer la cessation des effets contractuels et le retrait de l'opération dont le contrat était le support.

3. Position : la clause de sortie, une condition résolutoire moderne

378. Au regard des analyses conceptuelle et fonctionnelle, nous pouvons dire que les clauses de sorties renferment la stipulation d'une condition au sens des articles 1168 et suivants du Code civil. Mais, alors, quelle en est le type ? Nous excluons d'emblée la qualification de *condition suspensive*, dans la mesure où il nous semble que la clause de sortie ne suspend pas les effets d'une obligation ou du contrat⁸⁶⁶. Dans la logique du Code civil, il ne reste alors guère que la qualification de *condition résolutoire*, dont les effets sont prévus par l'article 1183 du Code civil.

379. On pourrait également être séduit par la notion de *condition résiliatoire*, ou *extinctive*, en envisageant donc un simple effet extinctif. Cela revient à soutenir qu'il s'agit là de stipulations contractuelles comblant un manque, palliant la « pauvreté » déjà relevée de notre théorie qui, « *à la condition suspensive, [...] ne trouve à opposer que la*

⁸⁶³ Sur cette notion, *cf. supra*.

⁸⁶⁴ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 399, p. 297.

⁸⁶⁵ V. F. PEROCHON, *La réserve de propriété (dans la vente de meubles corporels)*, *op. cit.*, n° 64, p. 60. *Cf. supra*.

⁸⁶⁶ On peut toutefois tempérer cette affirmation en considérant le jeu d'une clause de déchéance du terme contenue, par exemple, dans un contrat de prêt : on pourrait estimer que les effets de l'obligation de restitution, nécessairement bornée dans le temps, sont suspendus à la réalisation de l'événement conditionnant. Nous n'adopterons toutefois pas cette vision : d'une part, une unité peut être trouvée sous la qualification de condition résolutoire ; d'autre part, il nous paraît plus juste de considérer que les parties ont davantage eu dans l'esprit de prévoir la révocation de l'obligation de respecter la durée du contrat, cette notion étant une donnée essentielle de ce contrat de restitution.

condition résolutoire. Mais on conçoit une condition simplement extinctive, mettant fin au contrat sans rétroactivité »⁸⁶⁷. Les clauses de sortie seraient *extinctives*, éteignant seulement pour l'avenir les effets du contrat : la rétroactivité attachée au jeu de la condition résolutoire « classique » serait écartée par principe. La pratique aurait donc finalement comblé la théorie française, telle qu'issue du Code civil de 1804, le contrat simple – à exécution instantanée – semblant avoir été la référence lors de l'élaboration des règles relatives aux modalités de l'obligation. Une évolution paraît d'ailleurs en marche, comme en témoigne l'Avant-projet de réforme du droit des obligations, prenant ainsi compte des remarques du Doyen Carbonnier⁸⁶⁸, en prévoyant un nouveau paragraphe « *De la condition extinctive* » dans la section relative aux obligations conditionnelles. L'article 1184-1 dispose ainsi que la « *condition extinctive est celle qui fait dépendre l'extinction de l'obligation d'un événement futur et incertain. La condition extinctive n'opère que pour l'avenir* »⁸⁶⁹. Les clauses de résiliation paraissent correspondre parfaitement à cette vision de la modalité. De manière plus discrète, le projet de réforme de la Chancellerie abandonne quant à lui le principe de la rétroactivité en prévoyant, en son article 117, que « *l'obligation sous condition résolutoire s'éteint lorsque la condition se réalise. L'extinction n'a d'effet que pour l'avenir, à moins que les parties n'en conviennent autrement* ».

380. Pour autant, si cette qualification semble correspondre à la nature des clauses qui nous occupent, cela n'est peut-être qu'une façade ; et cette illusion dissimule, fort bien il faut le reconnaître, l'existence de difficultés qu'il faut absolument résoudre pour donner aux clauses de sortie les effets que commande leur objet : le recours à la notion de condition extinctive nous semble en réalité inutile et faux pour expliquer la teneur de l'effet attaché à la mise en œuvre d'une clause de sortie dans un contrat à exécution successive. Et nous poserons alors ce premier jalon d'une succincte présentation : la condition devrait donc être simplement résiliatoire, ou extinctive, parce que la rétroactivité est – doit être ? – écartée en matière de contrat à exécution successive. En

⁸⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens. Les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 1053, p. 2160. Et l'éminent auteur de poursuivre en donnant comme exemple la clause de fonctionnaire, permettant la résiliation d'un bail en cas de mutation du fonctionnaire.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ V. pour un *regard critique* du rapport Catala sur ce point M. BOUTEILLE, *Regard critique sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, D. 2008, p. 1848 et s. L'auteur regrette l'introduction de la notion de *condition extinctive*, mais seulement parce que, selon elle, toutes les conditions devraient être non rétroactives : la condition extinctive n'est alors rien d'autre que la condition résolutoire.

effet, la rétroactivité étant communément entendue comme une fiction conduisant à remettre en cause l'existence même de l'acte, il serait parfois impossible de revenir sur certains faits matériels et cela serait de plus inutile si le contrat a rempli son office jusqu'à la survenance de l'événement résolutoire ; et ceci, bien entendu, serait souvent le cas en matière de contrats à exécution successive. C'est dire que la condition n'est pas résolutoire car il n'y a pas de rétroactivité⁸⁷⁰. On retrouve donc, simplement, la distinction forcée entre la *résolution* et la *résiliation*. Et c'est cette distinction que l'on peut directement critiquer, ce qui implique de se pencher sur l'effet résolutoire.

381. Les raisons de cette inutilité et de cette fausseté ont été récemment présentées, à propos de la résolution pour inexécution⁸⁷¹. Pour M. le Professeur Génicon, il est inutile et faux de considérer que la *résolution* entraîne l'anéantissement du contrat, entendu comme la fiction qu'il n'a jamais existé, à l'inverse d'une *résiliation* qui laisserait intact le passé contractuel. L'auteur s'attache en effet, de manière fort convaincante, à démontrer l'erreur qui consiste à assimiler la résolution à la rétroactivité. En ce sens, il rappelle que l'effet résolutoire ne peut être réduit à la rétroactivité : celle-ci n'est qu'une technique⁸⁷², un mécanisme au service de celui-là⁸⁷³. L'objet de la résolution étant « *de mettre fin à la force obligatoire que le contrat exerce jusqu'à présent sur les parties, afin de corriger et prévenir les effets néfastes de l'inexécution* »⁸⁷⁴, l'existence et la teneur du jeu de l'effet rétroactif ne doivent être appréciées que dans cette mesure. « *Plus exactement, la rétroactivité est ce qui permet la pleine efficacité de l'effet résolutoire, en lui permettant d'atteindre les effets juridiques passés du contrat lorsque cette mesure, précisément, est dictée par la logique de la règle de fond qu'est la résolution* »⁸⁷⁵. Lorsque, et seulement lorsque, la rétroactivité s'avère nécessaire au retrait effectif de l'opération et à la correction du déséquilibre survenu du fait de l'inexécution, nul besoin

⁸⁷⁰ On voit bien là toute l'importance de la rétroactivité : son absence permet à certains d'écarter la qualification de condition pour une clause de sortie, de même qu'elle permet d'écarter toute idée de résolution, au profit de celle de résiliation. Tout ceci est au demeurant lié et légitime la question : doit-on donner un tel rôle à l'effet rétroactif en occultant, au passage, l'objet des différents mécanismes ?

⁸⁷¹ T. GENICON, *op. cit.*, spéc. n° 702 et s., p. 503 et s.

⁸⁷² Comme le relève l'auteur, qui s'appuie pour cela sur les développements de Merle (R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Éd. Rousseau et C^{ie}, 1948, spéc. n° 230 et s., p. 317 et s.), cet aspect essentiel de la rétroactivité a été occulté par l'« aspect dogmatique » de la notion, consistant à expliquer pourquoi un acte peut revenir sur le passé (T. GENICON, *op. cit.*, n° 709, p. 509).

⁸⁷³ *Ibid.*, n° 710, pp. 510-511.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, n° 711, p. 511.

⁸⁷⁵ *Ibid.*

de considérer le contrat comme n'ayant jamais existé, supprimer rétroactivement certains effets suffit⁸⁷⁶.

382. Et la portée temporelle de la résolution, selon l'auteur, dépendra de la nature « continue » ou « globale » de l'« utilité » du contrat⁸⁷⁷. Le « contrat à utilité continue » est celui pour lequel « *le temps participe pleinement de [son] économie [...], en ce sens que l'opération est conçue comme un échange continu de prestations incessamment satisfaisantes. L'utilité du contrat fait corps avec le temps et se distille au fur et à mesure de son écoulement* »⁸⁷⁸. Pour ce contrat, le retrait effectif de l'opération – effet résolutoire – ne nécessite alors qu'une interruption, les actes passés ne pouvant être remis en cause dans leur utilité qui s'est déjà éteinte. À l'inverse, le « contrat à utilité globale » est celui pour lequel « *les parties n'ont pas projeté [son] utilité [...] dans le temps [...]. Simple élément contingent, la durée ne définit pas l'utilité du contrat, qui se trouve ailleurs : dans l'obtention d'un résultat global, seul véritablement satisfaisant* »⁸⁷⁹. Son retrait nécessite alors, en toute logique, un anéantissement de sa force obligatoire *ab initio*, peu importe que l'exécution ait été correcte antérieurement au manquement, puisque les actes passés n'ont de sens, d'utilité, qu'au regard du résultat global qui était poursuivi et qui ne sera pas atteint⁸⁸⁰.

383. On voit alors les travers de la perception contemporaine de la résolution, car, une fois démontrée « *cette double erreur qu'a été l'assimilation de l'effet résolutoire à la rétroactivité et de la rétroactivité à la fiction d'inexistence* »⁸⁸¹, que reste-t-il de cohérent dans l'affirmation de l'existence d'une simple *résiliation*, opérant pour le futur, lorsque le contrat est à exécution successive ? Plus rien en vérité. L'impossibilité matérielle de revenir sur des faits passés est emportée par le fait que la rétroactivité, concept intellectuel, opère *in jure* dans l'ordre matériel. Ensuite, l'absence éventuelle de rétroactivité n'est pas, lorsqu'elle conduit à une solution juste au regard de l'opération économique envisagée, de nature à remettre en cause l'existence d'un véritable effet résolutoire, pourvu qu'on le considère pour ce qu'il est véritablement, c'est-à-dire un

⁸⁷⁶ T. GENICON, *op. cit.*, n° 33 et s., p. 23 et s.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, n° 855 et s., p. 609 et s. L'auteur se détache ainsi de la distinction classique entre les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée, de même qu'il dépasse le critère plus contemporain de la *divisibilité*.

⁸⁷⁸ T. GENICON, *op. cit.*, n° 862, p. 615.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, n° 862, pp. 617-618.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, n° 869, p. 621.

⁸⁸¹ *Ibid.*, n° 706, p. 507.

mécanisme visant à liquider cette opération qui n'a plus sa place dans l'ordre juridique⁸⁸² ; et ce au moyen, *éventuellement*, d'un effet rétroactif. Plus encore, l'absence de rétroactivité en matière de contrats à exécution successive, que prône une approche dogmatique de la résolution, peut s'avérer injuste. Ce doit être pourquoi certaines codifications internationales⁸⁸³, ou encore certains projets de réforme⁸⁸⁴, abandonnent la conception classique de l'effet résolutoire.

384. Si cette position nous semble satisfaisante, il reste qu'elle a été développée dans le cadre d'une étude de la résolution *pour inexécution* : peut-elle alors être étendue à la « simple » condition résolutoire, c'est-à-dire éventuellement en dehors de toute inexécution⁸⁸⁵ ? L'inexécution a-t-elle un rôle spécifique, du moins dans cette partie du raisonnement ? C'est, autrement dit encore, s'interroger sur la fonction pénale de la résolution pour situer les clauses qui nous occupent au regard de la théorie ci-avant rapportée. On remarquera, tout d'abord, que le Code civil ne limite pas l'effet résolutoire à la résolution pour inexécution, comme en témoignent les termes de son article 1183. Il peut sembler paradoxal de s'appuyer sur cet article, disposant notamment que l'effet de la condition résolutoire est de remettre « *les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* », alors même qu'il a certainement participé à créer la confusion dénoncée entre résolution et négation de l'existence de l'acte en permettant un rapprochement trop intime entre la résolution et la nullité⁸⁸⁶. Cela dit, encore une fois, on peut considérer que cet article a été rédigé en contemplation d'un contrat à exécution instantanée⁸⁸⁷ et relativement simple, ces caractères révélant la nature globale de son utilité, ce qui implique justement la rétroactivité totale si l'on veut correctement opérer au retrait de l'opération qui n'a plus lieu d'être ; et les effets, il est vrai, *s'apparentent* alors à ceux d'une nullité.

385. Ensuite, un retour succinct sur l'objectif de la résolution pour inexécution, tel que décrit par M. le Professeur Génicon, nous semble nécessaire : il est pour lui question

⁸⁸² V. T. GENICON, *op. cit.*, not. n° 712, pp. 512-513.

⁸⁸³ V. l'article 9:305 des Principes du droit européen du contrat et l'article 7.3.5 des Principes Unidroit.

⁸⁸⁴ V. les articles 145 du projet de la Chancellerie et 115 de l'« avant-projet Terré ».

⁸⁸⁵ Nous rappelons que la clause résolutoire n'échappe pas selon nous à la qualification de clause de sortie, partant à celle de condition résolutoire.

⁸⁸⁶ V. en ce sens T. GENICON, *op. cit.*, n° 34, p. 24.

⁸⁸⁷ Rappr. J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47 et s., spéc. n° 1 : « [...] on chercherait vainement aux articles 1102 et suivants une quelconque distinction des contrats à exécution instantanée et de ceux à exécution successive. Les codificateurs avaient en tête, en effet, les seuls contrats à exécution instantanée. Ils n'ont pas intégré le mode d'exécution temporel du contrat dans leur préoccupation ».

de permettre la « *liquidation finalisée de l'opération économique* »⁸⁸⁸. Si la *résolution* a pour fonction d'assurer le retrait de cette opération contractuelle, la *résolution pour inexécution* doit assurer ledit retrait en vue de gommer les effets néfastes de l'inexécution, c'est-à-dire en contemplation de la triple finalité consistant à mettre un terme à une opération apparaissant désormais inutile au créancier – fonction économique –, en corrigeant le déséquilibre issu de l'inexécution – fonction de garantie – et en privant le débiteur des avantages qu'il pouvait *a priori* retirer de l'opération – fonction pénale. Cela dit, si la rétroactivité est un « *instrument possible de correction de l'inexécution* », l'auteur admet immédiatement que, pour ce qui est de la sanction du débiteur défaillant, « *le retrait de l'opération économique [...] semble tout à fait satisfaisant puisqu'il s'agit de priver le fautif de l'opération économique portée par le contrat* »⁸⁸⁹. Ainsi, l'objectif théorique de sanction se fonde en pratique dans l'exigence de retrait de l'opération et n'a pas d'incidence propre sur l'existence et la portée temporelle de la rétroactivité ; tout comme la fonction économique de la résolution, qui se trouve également assurée par la disparition de la force obligatoire du contrat. Reste donc la fonction de garantie, consistant à appréhender la résolution « *en ce qu'elle permet d'éviter au créancier un préjudice, le garantit contre un déséquilibre patrimonial* »⁸⁹⁰ survenu du fait de l'inexécution : si cet objectif résolutoire est pleinement assuré par le retrait effectif de l'opération lorsqu'il s'agit d'un contrat à utilité globale – en raison de la portée de la rétroactivité qui effacera les effets *ab initio* –, le simple retrait pour l'avenir des effets d'un contrat à utilité continue peut s'avérer de ce point de vue préjudiciable pour le créancier. La correction recherchée peut alors impliquer une rétroactivité : l'inexécution ayant eu nécessairement lieu avant la décision de résoudre, il peut exister entre ces deux instants une période pendant laquelle le créancier s'est exécuté sans que la contrepartie soit en face assurée⁸⁹¹. Un déséquilibre, s'est donc fait sentir, essentiellement parce que les modalités d'exécution de l'obligation principale mise à la charge de chaque partie sont

⁸⁸⁸ V. T. GENICON, *op. cit.*, not. n° 712, pp. 512-513

⁸⁸⁹ *Ibid.*, n° 870 et s., p. 623 et s.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, n° 873, p. 625.

⁸⁹¹ Il suffit de prendre comme exemple la résolution d'un contrat de bail : si celle-ci intervient en fin de mois, le loyer étant payable au propriétaire en début de mois pour la période écoulée, on voit bien le préjudice subi par celui-ci, qui a accompli son obligation de livrer l'objet loué sans en recevoir la contrepartie financière.

différentes⁸⁹². Quoi qu'il en soit, il s'agit bien là d'une spécificité de la résolution *pour inexécution* que de gommer ce déséquilibre, cette contrariété à la justice commutative.

386. Or, pour ce qui nous concerne et comme nous l'avons vu⁸⁹³, la clause de sortie a pour objet, justement, de permettre à un contractant de mettre un terme à une opération qui est devenue pour lui inintéressante en raison d'un déséquilibre survenu en cours d'exécution. Encore une fois, ce n'est que l'origine de l'atteinte à l'intérêt du contractant sortant qui varie. Ainsi, à bien considérer l'office de la résolution, d'une part, et l'objectif poursuivi lors de l'insertion d'une clause de sortie, d'autre part, nous qualifions cette dernière de condition résolutoire⁸⁹⁴, tout en apportant d'importantes précisions.

387. Tout d'abord, encore une fois, on ne peut nier que la pratique a œuvré de manière autonome au regard de la notion de condition résolutoire : la clause de sortie est souvent prévue au bénéfice d'un seul contractant et nécessite très généralement une déclaration de volonté pour que se déroulent ses effets. Les parties, usant ainsi de leur liberté contractuelle, ont clairement amendé le régime « classique » de la condition résolutoire, particulièrement inadapté aux contrats dont l'exécution s'écoule sur une longue période déterminée. Parce qu'au jour éventuel de la survenance de l'événement il a pu s'écouler de longues années depuis la conclusion du contrat, le titulaire de la clause doit pouvoir avoir le choix quant à la poursuite ou à la fin de la relation ; en effet, à la différence d'un contrat au contenu obligationnel « plus simple » et à exécution instantanée ou de très courte durée, on ne peut être certain que le déséquilibre envisagé compromette tout l'intérêt que le contractant peut avoir pour la relation. Or, la condition résolutoire, telle que – sommairement – prévue dans le Code civil, ne prend pas en compte cette réalité contractuelle. Dans ce cadre, il est aménagé, pour le déclenchement des effets de la condition résolutoire, une déclaration de volonté. Pourquoi disqualifier la

⁸⁹² Si l'on reprend l'exemple du contrat de bail, on s'en rend aisément compte : l'obligation de payer le loyer s'effectue de manière périodique, alors que l'obligation d'assurer au locataire la jouissance du bien loué semble continue.

⁸⁹³ Cf. *supra*.

⁸⁹⁴ V. ég. en ce sens B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse (dactyl.) Paris II, 1973, spéc. n° II – 262, p. 459. Traitant de la faculté conventionnelle de rupture, l'auteur écrit qu'« elle intervient pour anéantir le rapport juridique. Dès lors, la stipulation d'un tel droit de repentir rend conditionnelles les obligations contractuelles. Et la condition est résolutoire puisque l'existence du rapport de droit qui unit les parties est subordonnée à la réalisation d'une circonstance qui aura pour effet de le faire disparaître. La caractéristique principale de cette cause d'anéantissement du contrat est qu'elle résulte de la manifestation de la volonté de celui qui est investi du droit de rompre ». Pour l'opinion contraire – et majoritaire –, v. surtout C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, *op. cit.*, n° 312, p. 416.

clause pour cela seul que sa mise en œuvre nécessite un acte juridique unilatéral⁸⁹⁵ ? Parce que le Code civil nous y invite ? Cela ne peut raisonnablement tenir si l'on considère que la tendance actuelle quant à l'introduction de notions telles que « l'intérêt » ou la condition « extinctive » répond, même maladroitement, à des besoins pratiques bien tangibles.

388. Rejeter la notion de condition, parce qu'elle serait incompatible avec l'existence d'une nécessaire déclaration de volonté, c'est nous semble-t-il adopter une conception trop rigide de la notion, procéder à une lecture trop brutale du Code civil, qui au demeurant n'interdit nullement de prévoir un tel aménagement pour la modalité. Que l'on songe de plus à la distinction qu'il faudrait alors opérer entre la clause de sortie automatique et celle qui ne l'est pas : serait-elle correctement réalisable ? Serait-elle juste ? Est-elle utile ? Nous ne le pensons pas et l'ensemble de ces raisons⁸⁹⁶ nous conduit donc à considérer l'existence d'une condition aux effets de laquelle les parties ont contractuellement prévu que son bénéficiaire pourra valablement renoncer, certes de manière passive⁸⁹⁷ ; et l'on trouve en définitive ici, dans cette forme particulière de renonciation, la seule véritable « originalité », qui ne doit pas entraîner une disqualification.

389. Concernant, ensuite, la rétroactivité, c'est-à-dire la teneur de l'effet résolutoire, force est de constater qu'elle est quasi-systématiquement écartée : la stipulation, généralement intitulée « *clause de résiliation* », prévoira que le contrat sera « *résilié* » ou encore, de manière plus précise, qu'il « *cessera pour l'avenir* ». Cela peut suffire à caractériser la volonté des parties d'exclure tout retour en arrière⁸⁹⁸. Il est alors intéressant d'observer que l'utilisation par les contractants d'une terminologie erronée peut avoir un effet sur la qualification d'un mécanisme contractuel ; c'est en réalité reconnaître, assez naturellement, l'effectivité d'une distinction, fût-elle critiquable, lorsqu'elle est largement partagée et admise en droit positif. Le terme « résiliation » a au

⁸⁹⁵ Sur lequel *cf. infra*.

⁸⁹⁶ Auxquelles nous ajouterons le bénéfice de la « récupération » de la théorie de la condition potestative, préférable selon nous à l'élaboration d'un régime autonome des droits potestatifs bien que cela suppose des amendements.

⁸⁹⁷ Il suffira, en effet, que le titulaire ne se manifeste pas, ne se prévale pas de la faculté une fois l'événement survenu.

⁸⁹⁸ Monsieur le Professeur Génicon fait d'ailleurs de la présence d'une clause de résiliation un indice de la nature continue de l'utilité du contrat : parce que les parties ont prévu une faculté de sortir de manière anticipée de la relation conclue pour un temps, on peut présumer que la durée n'a aucune valeur à leurs yeux (T. GENICON, *op. cit.*, n° 864, p. 616). Il ne peut toutefois s'agir que d'un indice.

moins ce mérite. Cela dit, s'il nous semble que ce choix des parties n'est pas vraiment toujours conscient, il nous paraît encore qu'il n'est pas non plus toujours assumé : lorsqu'une indemnité sera prévue pour l'exercice de la faculté de sortie⁸⁹⁹, les contractants auront parfois redonné une certaine teneur à l'effet résolutoire, en considération de la nature de leur relation contractuelle, et plus précisément de son utilité.

390. La clause de sortie est donc une stipulation qui, le plus souvent, opère résiliation de la convention. Si l'on a vu que l'absence de rétroactivité ne permet pas d'exclure l'existence d'un effet résolutoire, quel intérêt peut-il y avoir, tout de même, à qualifier de condition *résolutoire* la clause de sortie généralement *résiliatoire* ? Celui de la cohérence et de la justesse : parce que la clause de sortie entend mettre fin à un déséquilibre, cela pourrait nécessiter une certaine correction dont l'instrument serait la rétroactivité. Et c'est une préoccupation qui doit alors demeurer dans l'esprit du rédacteur, lequel ne doit pas évincer – d'une manière ou d'une autre – la résolution parce qu'elle impliquerait une rétroactivité systématique et totale ; c'est là mal entendre l'effet résolutoire. De plus, lorsque les parties n'auront pas clairement opté pour la résiliation⁹⁰⁰ et que la nature de l'utilité du contrat le postulera, pourquoi l'une d'entre elles ne pourrait pas arguer d'un effet rétroactif, pourvu qu'il tende à la correction des effets néfastes du déséquilibre survenu du fait de la réalisation de l'événement érigé en cause de sortie, laquelle entraîne la cessation anticipée de la relation ?

391. Est-il alors opportun que les parties se contentent de qualifier elles-mêmes, au sein du contrat qui va les lier, la clause de sortie de « condition résolutoire » ? En l'état actuel de la conception retenue de la condition résolutoire, il est possible que cette qualification, si elle a le mérite à notre sens de la justesse, se retourne contre eux ; en effet, en cas de contentieux, on ne peut dire avec une assurance suffisante quels effets seront assignés à la stipulation. En témoigne d'ailleurs le débat sur les effets dans le temps de la résolution judiciaire. On peut donc bien souhaiter que l'appréhension de la notion de condition résolutoire change, mais, en attendant, plutôt que d'user d'une

⁸⁹⁹ Cf. *infra*.

⁹⁰⁰ On peut envisager l'utilisation d'une terminologie « neutre » au regard de la distinction forcée entre la résiliation et la résolution. Ainsi d'une stipulation qui ne ferait référence qu'à la « *rupture* » du contrat, sans plus de précision d'ordre temporel.

qualification – qui ne lie d’ailleurs pas le juge –, il nous semble plus sécuritaire de prévoir précisément les modalités de la sortie⁹⁰¹.

392. La clause de sortie est donc une stipulation qui conditionne l’extinction du contrat – entendu comme la source de création d’obligations entre le sortant et son ou ses cocontractants⁹⁰² – à la survenance d’un événement déterminé. Cette extinction sera assurée par une atteinte à ses effets « *qui peut ne toucher que certains d’entre eux* »⁹⁰³. Cette définition permet ainsi d’intégrer des stipulations aussi diverses que la clause résolutoire et ses variantes⁹⁰⁴, la clause de déchéance du terme⁹⁰⁵, les clauses dites « de résiliation »⁹⁰⁶ ou encore les clauses de sortie d’un groupement⁹⁰⁷.

393. Son cadre établi, la potestativité inhérente aux clauses de sortie prend alors une toute autre importance, comme doit le relever l’étude de sa réglementation.

SECTION 2 La réglementation de la potestativité des clauses de sortie

394. Les clauses de sortie sont des droits potestatifs accordés par le contrat et des conditions résolutoires de l’engagement souscrit pour un temps précis. Au regard de notre conception du contrat, la question se pose : comment doivent-elles être réglementées ? À dire vrai, il nous semble que le droit positif est déjà à l’œuvre, ne serait-ce que lorsqu’il contrôle la potestativité *lato sensu*, c’est-à-dire, en définitive, la mise en place d’un droit

⁹⁰¹ Cf. *infra*.

⁹⁰² V. à ce sujet T. GENICON, *op. cit.*, n° 52 et s., p. 41 et s.

⁹⁰³ T. GENICON, *op. cit.*, n° 65, p. 51.

⁹⁰⁴ Cf. *supra*.

⁹⁰⁵ Cf. *supra*. Cette clause peut apparaître particulière en ce qu’elle conduit à l’exécution anticipée par l’emprunteur de l’obligation de restitution – voire celle de payer les intérêts. Est-il impossible pour autant d’y voir un effet résolutoire ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où la résolution appelle en principe une exécution anticipée à chaque fois que le contrat comporte une obligation de restitution ; on imagine ainsi mal un contrat de bail portant sur la jouissance d’un bien immeuble résolu sans restitution de la chose. Il ne s’agit de rien d’autre que d’adapter l’effet résolutoire à la nature du contrat et, en l’occurrence nous y voyons une remise en cause des effets de l’obligation pour le créancier de respecter le terme suspensif prévu.

⁹⁰⁶ Cf. *supra*. Nous entendons par là toutes les stipulations contractuelles qui permettent à un contractant de sortir de manière anticipée du contrat en cas de survenance d’un événement déterminé, hors l’inexécution. Si notre démonstration tend à repousser toute distinction théorique entre la clause résolutoire et la clause de résiliation, nous la maintenons en pratique lorsque cela paraît nécessaire à la compréhension.

⁹⁰⁷ Cf. *supra*. La clause d’un contrat de société qui permettrait, par exemple, d’évincer un associé n’est rien d’autre que la manifestation de la volonté des contractants – associés – de conditionner le droit de rester dans le groupement à la non survenance de certains événements. En cas de mise en œuvre de la clause, on se rend alors bien compte que ce ne peut pas être le contrat, en tant qu’échange de volonté, qui disparaît, puisqu’en ce cas on peinerait à expliquer que le contrat – et donc la personne morale – demeure entre les autres associés. En réalité, il s’agit de faire disparaître la capacité de cette norme à produire des effets qui concernent le sortant et ses futurs ex-associés.

potestatif de sortir du contrat (§2). Surtout, le spectre de la condition potestative plane sur la validité des stipulations qui nous occupent, ce que nous devons traiter en premier lieu (§1).

§1 La réglementation de la condition potestative

395. La clause de sortie pouvant être qualifiée de condition, la question de son éventuelle potestativité, telle que sanctionnée par le Code civil, doit alors être abordée⁹⁰⁸. L'exigence d'un encadrement de ce type de stipulations a déjà été évoqué par la doctrine précisant que les conditions de fond de la validité des clauses de libération anticipée « *doivent être suffisamment sévères pour éliminer les clauses contractuelles qui créent* » au profit de l'une des parties un avantage considérable, aux antipodes de la durée déterminée qui a pourtant été donnée au contrat »⁹⁰⁹. Et l'auteur de poursuivre que « *le mieux est alors d'exiger que cet événement ne constitue pas une condition purement potestative* »⁹¹⁰.

396. Quelle-est donc, en matière de clause de sortie, cette potestativité illicite, ce pouvoir arbitraire intolérable au regard des exigences minimales que l'on doit attendre de tout contrat à durée déterminée ? quelle en est la sanction ? Voici les questions qui vont désormais nous occuper et auxquelles nous tenterons de répondre en relevant que la mise en place du pouvoir institué au profit du bénéficiaire de la clause doit être contrôlée (**A.**) et éventuellement sanctionnée (**B.**).

A. La recherche de la potestativité illicite d'une clause de sortie

397. La notion de condition potestative a déjà fait l'objet de nombreuses études⁹¹¹ ; nous nous contenterons alors d'exposer les critères dégagés par la jurisprudence (**I.**),

⁹⁰⁸ On doit également préciser que la condition, suivant l'article 1172 du même Code, ne saurait porter sur une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi. En ce sens, confirmant les juges du fond ayant condamné, comme contraire à l'ordre public, une clause interdisant aux emprunteurs de louer leur bien sans l'accord du prêteur sous peine de déchéance du terme, v. Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 557, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP éd. E* 2006, n° 2743, comm. M. LAMOUREUX.

⁹⁰⁹ C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat, op. cit.*, n° 465, p. 399. L'auteur s'appuie sur les observations de Monsieur le Doyen J. Mestre, lequel avait déjà avancé que dans certains cas la clause de résiliation unilatérale « *créée, en effet, au profit de l'une des parties un avantage considérable, aux antipodes de la durée déterminée qui a pourtant été donnée au contrat [...]* » (obs. sous CA Paris, 25 janv. 1995, *in RTD civ.* 1996, p. 158 et s., spéc. p. 159).

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ V. notamment, J. GHESTIN, note sous CA Paris, 6 déc. 1969, *JCP éd. G* 1971, II, 16796 ; *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, préc. ; *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 243 et s. ; V. encore G.

avant d'aborder succinctement les dernières propositions doctrinales à ce sujet (2.) et de procéder à une synthèse concernant les clauses qui nous occupent (3.).

1. La position de la jurisprudence

398. La doctrine a relevé dans la jurisprudence contemporaine deux critères⁹¹², bien que non formellement exprimés, permettant de caractériser l'absence de pouvoir arbitraire⁹¹³ : d'une part l'existence d'inconvénients entraînés par la volonté du débiteur, fût-elle non appréciable en elle-même, d'éluder son obligation et, d'autre part, la possibilité d'une vérification objective de la réalisation de la condition, c'est dire en fait la présence d'une prise en compte par le débiteur d'éléments extérieurs, donc susceptibles d'être contrôlés. Ces critères, parfois difficilement différenciables, renvoient donc finalement au caractère raisonnable de la prévision ou de son emploi⁹¹⁴.

399. La potestativité, au nom du premier de ces critères, ne sera donc pas considérée comme illicite si la mise en œuvre de la condition implique un certain sacrifice⁹¹⁵ du débiteur. Autrement dit, il suffit que l'on puisse objectivement percevoir

GOUBEAUX, note sous CA Paris, 15 mars 1974, *JCP éd. G* 1974, II, 17786 ; *Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties*, *Deffrénois* 1979, art. 31987, p. 753 et s. ; J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse préc., spéc. n° 97 et s., p. 150 et s. ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, n° 123 et s., p. 40 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, spéc. n° 136 et s., p. 88 et s. ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, spéc. n° 294 et s., p. 213 et s. ; GJIDARA, *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil*, *P.A.* 21 juin 2000, p. 4 et s., et 22 juin 2000, p. 4 et s. V. encore récemment B. DONDERO, *De la condition potestative licite*, *RTD civ.* 2007, p. 677 et s. ; W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, *RTD civ.* 2007, p. 701 et s.

⁹¹² V. not. B. DONDERO, *art. cit.*, *loc. cit.* ; S. VALORY, *op. cit.*, *loc. cit.* ; V. déjà J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse préc., n° 102 et s.

⁹¹³ Il est donc question, de manière quelque peu sceptique, de rechercher l'absence de potestativité illicite et non pas sa présence. Cela traduit encore une certaine suspicion à l'égard des clauses de pouvoir. D'ailleurs ceci est bien relevé par la doctrine et notamment par Monsieur le Professeur Dondero (*art. cit.*, *passim*) qui propose à l'inverse une « admission de principe de l'obligation sous condition suspensive de la part du débiteur » avec un contrôle de son application.

⁹¹⁴ A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006, n° 189, p. 203.

⁹¹⁵ Une partie des auteurs va d'ailleurs plus loin dans cette voie puisqu'elle va exiger d'une manière positive, pour que l'on puisse considérer la potestativité comme illicite, que le jeu de la condition lui permette de s'enrichir injustement, c'est-à-dire d'éluder sa ou ses propre(s) obligation(s) après avoir profité de l'exécution de celle(s) du cocontractant, créant ainsi un déséquilibre contractuel (V. G. GOUBEAUX, note précitée ; O. MILHAC, *op. cit.*, par ex. n° 138, p. 45 et n° 531 et s., p. 200 et s.). À suivre cette exigence, un certain nombre de clauses de sortie, conférant pourtant selon nous un pouvoir arbitraire répréhensible, devra être écarté du domaine de l'illicéité, puisque leur mise en œuvre dans un contrat à exécution successive n'entraînera pas forcément l'enrichissement injuste visé. En fait, il nous semble qu'un déséquilibre, tout aussi gênant, peut provenir de la possibilité arbitraire de ne pas respecter la durée originellement prévue pour la relation, dans la mesure encore où le cocontractant doit pouvoir compter sur l'exécution de la convention pendant le temps déterminé : celui-ci aura en effet bien souvent, étant donné l'évolution des figures contractuelles – exécution successive, dépendance économique... –, organisé son activité, orienté sa

que le débiteur n'avait guère intérêt à faire jouer la disposition, quand bien même cela lui « permettrait » de ne pas ou de ne plus exécuter sa ou ses obligation(s). Les juges ont ainsi considéré, comme il a déjà été vu⁹¹⁶ que n'était pas potestative au sens de l'article 1174 une clause permettant à une société de congédier un agent commercial en cas de dissolution de ladite société, moyennant qui plus est indemnitée⁹¹⁷; de même fut considérée comme valable une disposition d'un contrat de travail donnant la possibilité pour l'employeur de rompre la relation en cas de cessation de fabrication de certains produits par l'entreprise⁹¹⁸. On imagine mal en effet, dans l'un et l'autre de ces cas, le débiteur sacrifier sciemment son existence ou une part de ses activités dans l'unique but de se débarrasser d'un contractant.

400. Plus implicitement, mais relevant néanmoins selon nous de la même idée, tout en faisant le « lien » avec le second critère, une cour d'appel⁹¹⁹ a infirmé la décision des premiers juges qui avaient considéré comme illicite une clause obligeant un contractant à sortir de la relation en cas, notamment, de baisse des gains puisque selon la cour ceci peut essentiellement résulter de circonstances extérieures, et non raisonnablement de la volonté arbitraire du débiteur, qui serait alors de gagner moins pour ne plus être lié... Par où l'on voit bien que ce critère n'est pas forcément suffisant « *car la détermination de l'intérêt "bien compris" du débiteur n'est pas toujours évidente* »⁹²⁰. C'est pourquoi il est fait appel à l'existence de « circonstances extérieures », objectivement appréciables.

401. Ce second critère a conduit les tribunaux à ne pas décider, par exemple, de sanctionner une disposition contractuelle autorisant un contractant, fournisseur de distributeurs, à se retirer de la relation en cas d'exploitation déficitaire desdits appareils, puisque selon la Cour de cassation⁹²¹, confirmant les juges du fond, « *rien n'interdisait [au cocontractant] de faire vérifier en justice la réalité du préjudice* », c'est-à-dire l'existence d'un déficit engendré par l'exploitation, du fait finalement de circonstances extérieures à la volonté du débiteur – baisse du nombre de clients – ; a encore été

production, en fonction de cette donnée temporelle qui, sans être parfaitement contractualisée, revêt tout de même une importance digne de protection.

⁹¹⁶ Cf. *supra*.

⁹¹⁷ Cass. soc., 9 nov. 1961, *Bull. civ.*, IV, n° 923; D. 1962, somm. comm., p. 84.

⁹¹⁸ Cass. soc., 28 oct. 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 739.

⁹¹⁹ CA Besançon, 11 déc. 2001, *JurisData* n° 2001-163705

⁹²⁰ J.-J. TAISNE, *Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Caractères de la condition*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1168 à 1174, n° 40.

⁹²¹ Cass. com., 12 mai 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 190, préc. V. encore Cass. com., 17 mai 1976, *Bull. civ.*, IV, n° 165, les juges ayant cette fois-ci déclaré nulle une convention du même type du fait de la potestativité illicite contenue dans une clause de non renouvellement.

reconnue comme valable une clause dans un contrat d'assurance crédit permettant à l'assureur de réduire ou de dénoncer la limite d'encours accordée sur les clients de l'assuré en fonction des résultats des vérifications qu'il effectuait sur la situation financière de ces clients, car « *l'application de la clause contestée dépendait, non de la seule volonté de [l'assureur], mais de circonstances objectives, susceptibles d'un contrôle judiciaire* »⁹²². Le contrôle objectif dont il est question paraît donc être celui du juge⁹²³, ce que confirme à notre sens

402. Cela va même peut-être plus loin ; en effet, si les espèces jusqu'ici présentées concernaient la possibilité d'un contrôle des circonstances extérieures à la volonté du contractant sortant, on doit observer une tendance à l'examen de l'accomplissement même de la condition, sans trop d'égard pour la formulation de la clause qui peut pourtant apparaître *a priori* arbitraire. C'est dire que l'on passe de l'objectivation à l'objectivité.

403. Pour illustrer cette attitude jurisprudentielle, nous retiendrons deux décisions rendues par la première chambre civile de la Cour de cassation. Par la première, en date du 21 mars 1984⁹²⁴, les Hauts magistrats ont décidé de la validité d'une clause de déchéance du terme d'un prêt qui permettait à une société, le prêteur, de demander « *si bon lui semblait* » le paiement immédiat des sommes dues par l'un de ses collaborateurs, l'emprunteur, au cas où ce dernier « *cesserait de se trouver en position d'activité et [s'il] n'exerçait plus effectivement ses fonctions dans ladite société ou pour son compte* ». Cet emprunteur, finalement remercié et donc sommé de restituer l'argent dû en vertu de la clause, excipa l'illicéité de la clause de déchéance du terme en raison selon lui de son caractère purement potestatif⁹²⁵. Les juges du fond ne le suivirent pas dans son raisonnement, qu'il développa alors dans un pourvoi. Il n'eut pas plus de réussite, les Hauts magistrats confirmant la décision de la Cour d'appel qui, ayant constaté « *que le licenciement [...] n'avait pas dépendu de la volonté de la société [...] qui avait été*

⁹²² Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1989, préc.

⁹²³ V. par exemple pour une présentation du critère en ce sens S. VALORY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, *Bull. civ.*, I, n° 112 ; *RTD civ.* 1985, p. 381, obs. J. MESTRE.

⁹²⁵ Le pourvoi s'appuie pour cela, entre autres, sur l'emploi dans le contrat des mots « *si bon lui semblait* ». L'arbitraire éventuellement illicite ne résidait pourtant point dans cette option offerte au titulaire de la faculté de sortie, mais bien dans le pouvoir de la société de faire arriver l'événement conditionnel ; il s'agit d'une confusion entre la possibilité de mettre en œuvre ou non une faculté ouverte et la possibilité de provoquer l'événement entraînant l'ouverture de la faculté.

contrainte de recourir à cette mesure en raison de sa situation économique, a justement estimé que la condition litigieuse n'était pas purement potestative »⁹²⁶.

404. La seconde décision, rendue le 16 octobre 2001⁹²⁷ et déjà évoquée⁹²⁸, concernait des contrats d'exercice de l'activité médicale passés entre des médecins et une clinique. Ceux-ci prévoyaient la possibilité pour la clinique d'y mettre fin si elle venait à cesser « *d'exercer en tant qu'établissement au service des malades et d'hospitalisation* », ce qui arriva. La nullité de la disposition contractuelle ne fut point encore accueillie par les magistrats qui décidèrent, sous le couvert à nouveau du raisonnement et de l'appréciation des juges du fond, que la clause litigieuse et ambiguë « *n'était pas purement potestative* », et qu'elle « *n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles* ».

405. La « parenté » entre ces arrêts nous semble évidente : dans les deux affaires une clause permettait la sortie anticipée d'une relation en cas d'événement déterminé, qu'il était clairement au pouvoir du débiteur de faire arriver – la société avait le pouvoir de congédier son agent emprunteur, la clinique pouvait choisir librement de fermer ses portes⁹²⁹. Surtout, la motivation des juges « réunit » ces deux espèces : l'analyse de la mise en œuvre du mécanisme n'a pas révélée que la clause était purement potestative, car elle n'a été guidée que par des circonstances extérieures à la volonté du débiteur. Nous ne pouvons alors nous empêcher de comprendre : « cette clause contient peut-être un arbitraire intolérable, mais la décision n'est en l'occurrence pas arbitraire ». Une interrogation apparaît : qu'en aurait-il été si le créancier avait soutenu la nullité de la disposition avant que la condition ne se réalise ? Une partie de la motivation des magistrats aurait disparu, celle de l'existence de circonstances économiques justifiant à

⁹²⁶ V. encore CA Aix-en-Provence, 15 juin 1988, *RTD civ.* 1989, p. 542, obs. J. MESTRE. En l'espèce, la potestativité d'une disposition d'un contrat de prêt entre une banque et l'un de ses salariés –prévoyant une majoration du taux d'intérêt au cas où l'emprunteur perdrait sa qualité de salarié– est également appréciée à la lumière de sa mise en œuvre. Les juges ont constaté que le licenciement intervenu relevait du pouvoir discrétionnaire, la potestativité était donc illicite.

⁹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *Bull. Civ.*, I, n° 257 ; *RTD civ.* 2002, p. 97, n° 9, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2002, art. 37486-8, p. 251, note R. LIBCHABER ; *JCP éd. G* 2002, I, 134, obs. J. ROCHFELD ; *D.* 2002, p. 2839, obs. D. MAZEAUD.

⁹²⁸ *Cf. supra*.

⁹²⁹ Pour estimer que la clause n'était pas nulle, les juges auraient éventuellement pu utiliser le critère du « sacrifice » précédemment évoqué, en estimant que, raisonnablement, il n'était point dans l'intérêt du contractant de cesser son activité dans le seul but de se séparer des médecins. Mais les auteurs du pourvoi, dont l'argumentation prend probablement en compte l'existence de ce critère, ont pris soin de soutenir que la décision de fermeture de l'établissement était motivée par la perspective d'une vente « *au meilleur prix* »... Comp. R. LIBCHABER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, préc.

elles seules la sortie. Reste alors la question, quelque peu obsolète au regard de la nouvelle grille de lecture, du « degré » de potestativité. Or, comme cela a été observé dans les deux cas⁹³⁰, la formule employée dans chacune des clauses permettait bien une décision arbitraire de la part du débiteur... ou plutôt cachait l'éventuelle *pureté* de sa potestativité derrière un appareil de *simplicité*.

406. C'est qu'en fait, dépassant la conception « classique » de la distinction entre les conditions *purement* et *simplement* potestatives, sans se débarrasser pour autant de la terminologie gênante qu'on lui associe, le raisonnement est semble-t-il différent : la possibilité ayant été donnée aux juges d'apprécier la mise en œuvre de la disposition⁹³¹ – puisque la demande en justice du créancier est intervenue, comme bien souvent, après la décision de sortie –, le contrôle de la potestativité opéré a intégré les circonstances entourant la prise de décision jugées effectives ; et, dans l'une et l'autre des espèces, des preuves suffisantes ont été apportées de l'absence d'arbitraire dans la décision du débiteur sortant.

407. On est donc passé d'un contrôle portant directement sur la formation à un véritable examen de l'exécution de la relation⁹³², à une inspection *a posteriori* de la validité intrinsèque d'une prérogative potestative au regard de son utilisation ; car ce n'est en effet pas selon nous un refus de constater une potestativité qu'il est difficile de ne pas percevoir, mais bien plutôt une volonté de ne pas sanctionner des actes qui aurait pu relever du pouvoir arbitraire illicite de leur auteur, mais qui en fait répondent à des contraintes extérieures à sa volonté – c'est-à-dire, pour répondre à la classification, une clause dont on révèle le caractère « simplement » potestatif à l'occasion de son utilisation, alors qu'un regard sur sa formulation pourrait suffire à la considérer comme « purement » potestative. La doctrine⁹³³, à raison, n'aura alors pas manqué de faire le rapprochement avec le problème de la détermination du prix. Nous regretterons, avec d'autres⁹³⁴, l'absence de référence explicite à l'article 1178 du Code civil, car, en l'état, cela revient à apprécier la validité intrinsèque d'une clause au regard de l'article 1174, à apprécier son

⁹³⁰ J. MESTRE, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, préc. ; J. ROCHFELD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, préc.

⁹³¹ Il a d'ailleurs même été ordonnée une expertise « afin notamment de caractériser les difficultés de gestion ainsi invoquées » par le débiteur en défense.

⁹³² V. d'ailleurs l'article 1176 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations disposant que « les parties ont un devoir de loyauté dans l'accomplissement de la condition »

⁹³³ V. par ex. R. LIBCHABER, note préc. ; B. DONDERO, *art. cit.*, n° 47 et s., p. 694 et s.

⁹³⁴ R. LIBCHABER, note préc.

caractère *purement* potestatif, par une vérification des « *modalités ultérieures de réalisation de l'événement* »⁹³⁵. Il est pourtant difficile de dissimuler l'analogie avec le mécanisme correcteur prévu par cet article et qui répute accomplie la condition qu'un contractant aurait fait défaillir. Si le raisonnement suivi ne nous semble pas complètement assumé, on pouvait toutefois s'appuyer sur une certaine stabilité : l'illicéité de la potestativité, lorsque le libellé de la clause n'en permettait pas la révélation *ab initio*⁹³⁶, paraissait devoir être appréciée au regard des circonstances entourant la mise en œuvre de la stipulation.

408. Nous regretterons alors davantage que la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une décision non publiée du 19 janvier 2010⁹³⁷, ait choisi une autre voie, susceptible de remettre en cause l'évolution qui se dessinait assez finement. Il s'agissait en cette espèce d'apprécier la validité d'une clause d'*earn out*⁹³⁸ prévoyant qu'un complément de prix serait versé à une personne physique ayant cédé ses parts sociales d'une première société à une autre société, cela proportionnellement à l'évolution des résultats de la première jusqu'à la clôture d'un exercice social donné. Ce versement était, surtout, assorti d'une condition : celle du maintien en fonctions du cédant⁹³⁹, lequel avait été nommé président du conseil d'administration de la première société. Un contentieux naissant, ce dernier demanda en justice, avant même que l'acquéreur ne se prévale de la clause litigieuse⁹⁴⁰, que la cession soit annulée. Si on ne connaît le fondement mis en avant à cet instant, il est certain que le demandeur a fini par soutenir que la cession était nulle du fait de la potestativité entachant la condition subordonnant le versement du complément de prix : il était selon lui au pouvoir de la seconde société – débitrice de l'obligation de payer le complément – de faire cesser ses fonctions. Cette société était, en effet, l'actionnaire majoritaire de la première et deux membres de son conseil d'administration étaient directement issus de son encadrement. De plus, le président du

⁹³⁵ J. MESTRE, obs. précitées sous Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984. V. également M. LATINA, *op. cit.*, n° 345 et s., p. 250 et s.

⁹³⁶ Ou plutôt lorsque la stipulation permettait de se rendre compte que sa mise en œuvre pouvait bien avoir lieu sous la pression impérieuse de circonstances extérieures à la volonté du débiteur.

⁹³⁷ Cass. com., 19 janv. 2010, *Gaz. Pal* 21 avr. 2010, p. 19, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 70, obs. D. GALLOIS-COCHET ; *Rev. sociétés* 2010, p. 165, note A. COURET ; *JCP éd. E* 2010, 1656, note P. MOUSSERON.

⁹³⁸ Sur laquelle v., en dernier lieu, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2011, V° Clause d'*earn out* par B. BRIGNON, n° 556 et s., p. 321 et s.

⁹³⁹ Il était prévu que le complément de prix serait dû à l'expiration de la période donnée « *pour autant que [le cédant] exerce ses fonctions* ».

⁹⁴⁰ Il ne pouvait d'ailleurs pas encore s'en prévaloir à cet instant : la date fixée pour le paiement éventuel du complément n'était pas atteinte et le cédant était toujours en fonctions !

conseil d'administration est révocable *ad nutum*⁹⁴¹ ... et a effectivement été révoqué deux ans après sa demande en nullité. Les juges du fond ne le suivirent pas dans son raisonnement, pour des motifs respectueux de l'évolution présentée plus haut : « *l'article 1178 du code civil, qui prévoit que la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement, assure la protection des intérêts du cédant en ce qu'il permet de sanctionner la mauvaise foi éventuelle du cessionnaire à travers le contrôle des motifs de la révocation ; que la présence [du cédant] à la tête de [la première société] ne peut être tenue pour une condition purement potestative au sens de l'article 1174 du code civil* ». Cette position est alors censurée par la Cour de cassation, au visa de l'article 1174 et en des termes encore plus concis : la Cour d'appel n'a pas donné de base légale « *en se déterminant par de tels motifs, alors qu'il lui appartenait, pour apprécier si la condition tenant à l'exercice de ses fonctions par [le cédant] lors de l'approbation des comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2003, revêtait un caractère potestatif au sens du texte susvisé, de rechercher si sa réalisation dépendait de la seule volonté de la société [débitrice de l'obligation de payer le complément]* ».

409. Si on ne peut sans ambages déceler un changement radical de perspective – un abandon du contrôle de l'exécution –⁹⁴² ou une opposition entre la première chambre civile – ayant rendu les décisions précitées en 1984 et 2001 – et la chambre commerciale de la Cour de cassation⁹⁴³, on doit tout de même admettre qu'une certaine confusion règne en la matière. Face à cela, la doctrine a su formuler plusieurs propositions qu'il nous revient d'évoquer.

⁹⁴¹ Article L. 225-47 du Code de commerce.

⁹⁴² L'arrêt précité rendu par cette même chambre le 20 septembre 2011 nous incite à penser qu'il ne s'agit pas d'un abandon de ce contrôle : « *la réalisation de la condition litigieuse [...] dépendait de la seule volonté de la société Esso, et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel [...]* » (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-30.567, précité).

⁹⁴³ Les demandes n'ont en effet pas le même objet : dans les affaires ayant donné lieu aux décisions de 1984 et 2001, le créancier de l'obligation conditionnelle sollicitait en réalité une paralysie de la clause qui avait été mise en œuvre. Dans l'affaire soumise à la chambre commerciale, le créancier demandait la nullité de l'obligation – partant la nullité de la cession – peut-être avant même sa révocation.

2. Les propositions doctrinales récentes

410. Plusieurs auteurs⁹⁴⁴ ont, récemment, tenté de démontrer le dévoiement de la théorie de la condition potestative et envisagé des solutions alternatives, sous l'impulsion, selon nous, de deux constats : l'extension injustifiée du domaine de l'article 1174 du Code civil et l'inadéquation corrélative de la sanction prévue – la nullité. Nous nous essaierons à la synthèse de ces positions, dans la raisonnable limite de leur intérêt au regard de notre sujet.

411. Il est proposé, d'une part, d'abandonner la distinction embarrassante des conditions purement et simplement potestatives. D'autre part, il faudrait considérer que la condition potestative est en principe valable⁹⁴⁵ ; et ce parce qu'il ne s'agirait pas, le plus souvent, lorsqu'il est question de suspendre l'extinction de l'obligation, d'une condition mais d'un droit potestatif extinctif⁹⁴⁶. Celui-ci est librement consenti et son jeu ne serait pas de nature à nuire au cocontractant, en tout cas pas de la manière qu'entend réprimer l'article 1174. Il s'agit en définitive de reconnaître une certaine autonomie du régime des droits potestatifs adjoints au contrat⁹⁴⁷ ; ne resterait que l'hypothèse d'école du *si voluero*, correspondant à une absence de consentement, pour la sanction de laquelle l'article 1108 du Code civil suffit⁹⁴⁸. Il conviendrait donc, dans ce cadre, de supprimer l'article 1174 du Code civil, devenu inutile pour une part et dont l'interprétation contemporaine est fautive pour le reste. Ce « reste » correspond à cette extension injustifiée à des situations ne relevant pas du vice qu'il est censé sanctionner : les conditions *purement* potestatives qui ne sont pas en réalité des conditions, et les conditions *simplement* potestatives, pour lesquelles il n'y a pas lieu d'apprécier rétroactivement le risque intrinsèque d'arbitraire intolérable lors de son dénouement, mais bien plutôt le comportement du débiteur dans la réalisation ou la défaillance de la modalité ; et cela est précisément envisagé par l'article 1178 du Code civil.

412. Nous adhérons globalement à cette présentation des choses et aux propositions formulées, en ce qu'elles respectent en grande partie l'esprit du Code et

⁹⁴⁴ V. en dernier lieu M. LATINA, *op. cit.*, *loc. cit.* ; B. DONDERO, *art. cit.*, *loc. cit.* ; W. DROSS, *art. cit.*, *loc. cit.* Adde, C. POMART-NOMDEDEO, *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité*, *art. cit.*

⁹⁴⁵ B. DONDERO, *art. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁴⁶ M. LATINA, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁴⁷ *Ibid.*, n° 359 et s., p. 260 et s. ; C. POMART-NOMDEDEO, *art. cit.*, *loc. cit.* V. déjà J. ROCHFELD, *art. cit.*, n° 17, p. 764.

⁹⁴⁸ M. LATINA, *op. cit.*, n° 370, p. 269 ; W. DROSS, *art. cit.*, n° 15.

parce qu'elles conduisent le plus souvent à des solutions justes, conformes à ce que l'on doit attendre d'une relation contractuelle. Toutefois, et concernant les clauses de sortie, il nous semble que cette vision pêche au moins sur deux points : tout d'abord, ces stipulations sont des conditions au sens des articles 1168 et suivants du même code, ce que l'on ne peut nier, fût-ce au bénéfice de l'autonomie des droits potestatifs ; autonomie qui doit de plus être établie, ce qui ne sera pas chose aisée compte-tenu de la diversité découlant directement du concept de *potestas*⁹⁴⁹. Ensuite, certaines clauses de sortie, de par l'arbitraire qu'elles renferment, doivent être sanctionnées. Concrètement, adopter cette conception conduirait à valider, par exemple, une clause autorisant la rupture, à tout moment et pour toute raison, d'un contrat pourtant conclu pour une certaine durée : certes, son exercice pourra bien être contrôlé, au titre de l'exigence générale de bonne foi nécessaire à la mise en œuvre d'un droit potestatif ; mais cela pourrait ne conduire qu'à l'octroi de dommages et intérêts alors que le cocontractant peut vouloir bénéficier de la poursuite du contrat. De même qu'en sera-t-il du contractant qui entend critiquer l'existence même du pouvoir arbitraire, avant toute mise en œuvre, parce qu'il a le sentiment que l'autre ne s'est pas vraiment engagé à exécuter ses obligations durant le temps prévu ? Est-ce donc à dire que la liberté contractuelle suffit à valider la stipulation ? À ce compte-là, c'est la théorie des nullités qui pourrait être remise en cause. La spécificité des clauses de sortie d'un contrat à durée déterminée ne peut être niée : elles provoquent l'extinction d'un engagement jusqu'ici parfaitement efficace et qui aura à ce titre bien souvent produit des effets, c'est-à-dire avant que ne se pose éventuellement la question de leur potestativité. Cela implique alors, selon nous, un traitement particulier.

3. Proposition concernant la potestativité des clauses de sortie

413. La doctrine a bien cerné les origines du malaise. Nous sommes donc nous-même guidés par la résolution des deux problèmes soulevés plus tôt : l'indéniable inadéquation de la nullité, et l'abandon d'une utilisation dévoyée de l'article 1174 du Code civil ; c'est-à-dire, concernant ce dernier point, qu'il n'est pas correct d'opérer un contrôle de la potestativité introduite par la clause⁹⁵⁰ en observant sa mise en œuvre. S'il est plus commode d'observer la teneur de la potestativité lors du déroulement du

⁹⁴⁹ Rapp. D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011, p. 644 et s., spéc. n° 37 et s.

⁹⁵⁰ C'est-à-dire savoir si elle est *purement* potestative – annulable sur le fondement de l'article 1174 du Code civil – ou *simplement* potestative – valide mais éventuellement soumise au contrôle exercé sur le fondement de l'article 1178 du même code.

mécanisme, parce qu'il est alors possible que l'acte de pure volition apparaisse au grand jour, il demeure aberrant de sanctionner un vice relevant de la formation du contrat – voire caractérisant son inexistence – au regard de son exécution.

414. Pour ce qui concerne nos clauses, sans ainsi prétendre à un renouvellement global de la théorie de la condition⁹⁵¹, il nous semble tout d'abord indispensable d'abandonner la distinction entre les conditions résolutoires *purement* potestatives et celles *simplement* potestatives telle qu'on la connaît ; non point qu'il n'y ait pas lieu de distinguer suivant la teneur de la potestativité, mais parce que la frontière doit être correctement et stablement établie. Pour cela, il suffit de cantonner la condition purement potestative à « l'hypothèse d'école »⁹⁵². On doit distinguer la clause ne prévoyant que l'effet de la pure volition de toutes les autres clauses qui auraient « seulement » laissé de la place à l'arbitraire de leur bénéficiaire, sans en apprécier le degré⁹⁵³. Nous travaillerons alors sur deux clauses qui nous semblent bien représenter l'une et l'autre des catégories : la clause qui autorise un contractant à résilier la convention « *quand bon lui semblera* », sans avoir donc à justifier d'un quelconque motif, et la clause autorisant une partie à se départir d'une convention « *en cas de cessation de son activité* ».

415. La première série de dispositions, « hypothèse d'école », doit être considérée comme illicite⁹⁵⁴ : une personne ne peut s'être véritablement engagée à approvisionner en

⁹⁵¹ On pourrait objecter, puisque nous nous contentons de proposer des solutions pour les seules conditions résolutoires, qu'il serait plus juste et plus aisé de reconnaître une autonomie des droits potestatifs. Nous ne le pensons pas : il nous semble tout au contraire plus juste et plus aisé d'adapter une théorie à l'existence de relations contractuelles qui n'étaient pas forcément dans l'esprit des rédacteurs du Code civil lors de l'élaboration du droit commun des obligations contractuelles que de créer, *ex nihilo*, une catégorie avec des droits aussi disparates que le droit de préemption ou le droit de résilier unilatéralement un contrat à durée indéterminée.

⁹⁵² Cela revient en quelque sorte à ne considérer que la distinction tripartite opérée par le code : il s'agit d'étendre le domaine des conditions mixtes prévues par l'article 1171 du Code civil. À la réflexion, nous préférons une interprétation extensive de cette disposition plutôt que des discussions sans fin sur le domaine de l'article 1174 du même code, conséquences de la distinction difficile à opérer entre le *simplement* et le *purement* potestatif.

⁹⁵³ Nous laissons de côté, bien entendu, les conditions purement casuelles.

⁹⁵⁴ *Contra* : C. CHABAS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2008, *JCP éd. E* 2009, II, 10052. En l'espèce, la validité de la clause n'était pas discutée, le pourvoi se « contentant » de soutenir le caractère abusif de la rupture. V. ég. Cass. com., 27 mars 2007, n° 05-12.999, *inédit* : ne viole pas les dispositions de l'article 1134 du Code civil la cour d'appel qui reconnaît à un contractant le droit de résilier un contrat à durée déterminée avant son terme par la mise en œuvre d'une clause prévoyant une faculté de sortie « *au gré des parties avec préavis de trois mois* ». On relèvera tout de même qu'il n'était pas demandé de statuer sur le fondement de la potestativité illicite, le pourvoi se contentant de critiquer la décision au regard des articles 1185, 1186 et 1134 du Code civil, c'est-à-dire du respect de la durée prévue pour le contrat. Pour l'application de la loi des parties, une interprétation était alors nécessaire, dans la mesure où la convention renfermait une contradiction : la durée était clairement déterminée, mais il existait semble-t-il une faculté discrétionnaire de résiliation pour les deux parties ; sur le fondement de l'article 1162 du même Code, ladite

produits une autre personne pendant cinq ans, par exemple, si le contrat prévoit qu'elle pourra, à tout moment et pour toute raison, ne pas respecter cet engagement inscrit dans la durée. Valider une telle modalité reviendrait à accepter un engagement qui n'en est pas vraiment un : « *je m'oblige pour un certain temps, mais, si je veux et quand je veux, je ne suis plus obligé* ». Si l'existence d'une faculté discrétionnaire, corollaire de la liberté contractuelle prise dans son aspect négatif, est de mise dans le cadre d'une relation contractuelle à durée indéterminée, il n'en est rien en présence d'un engagement prévu pour un temps déterminé ; les parties étant en effet, *ab initio*, libres d'opter en principe pour une durée déterminée ou non, si un contractant désire garder cette possibilité de se délier sans avoir à se justifier, il lui en « coûtera » la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. Et s'il redoute alors l'exercice de cette sortie par son cocontractant investi de la même faculté, des modalités sont envisageables par la stipulation de dispositions particulières, comme par exemple celle prévoyant une durée minimum pour leur relation, à condition que ces atteintes au principe de résiliation unilatérale soient tolérables, c'est-à-dire qu'elles ne réduisent pas la liberté contractuelle à l'état de peau de chagrin.

416. La stipulation d'un terme, quel qu'il soit, marque clairement la volonté des parties d'être liées pour une durée précise, chacune d'elles devant alors pouvoir compter sur l'exécution par l'autre de ses obligations pendant cette période ; par respect pour cette volonté, c'est-à-dire en toute cohérence, elles ne peuvent tout à la fois choisir une durée et se permettre discrétionnairement de ne pas la respecter : la volonté de s'engager pour un certain temps en se réservant une porte de sortie sans raison – tout en empêchant éventuellement que le cocontractant puisse en faire autant –, relève à notre sens du comportement se traduisant par une stipulation qu'entendent sanctionner les dispositions concernant la condition potestative⁹⁵⁵.

clause a été interprétée contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. Rapp. encore CA Versailles, 21 janv. 2010, RG n° 08/08085.

⁹⁵⁵ *Contra* : W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, art. cit., n° 6 et s., p. 703 et s., spéc. note 25 du n° 10. Pour cet auteur, la condition résolutoire purement potestative ne doit pas souffrir du grief de nullité : après avoir fort justement énoncé que la problématique relève surtout de « *considérations de politique juridique* », c'est-à-dire qu'il est question « *de savoir s'il est admissible d'autoriser l'un des contractants à s'ériger en maître exclusif du contrat* », Monsieur le Professeur Dross regrette que la Cour de cassation analyse parfois la validité de la clause de cessation d'un contrat à exécution successive et à durée déterminée sous l'angle de la condition potestative, potentiellement annulable ; selon lui, en effet, la liberté contractuelle doit pouvoir dans ce cas valablement venir limiter la force obligatoire du contrat, d'autant plus que la loi elle-même le prévoit pour certains contrats (mandat, baux d'habitation...). V. ég. M. LATINA, *op. cit.*, n° 366, p. 266.

Seulement, selon nous, d'une part l'étendard de la liberté contractuelle doit être manié avec prudence dans la mesure où c'est cette même liberté qui permet en principe de choisir de déterminer ou non la durée

417. Dépassée cette stipulation, « rescapée » de la conception purement technique de la condition potestative, l'analyse se complique quelque peu. Pour ces autres clauses de sortie, potestatives en ce qu'elles peuvent permettre à l'arbitraire d'une partie d'atteindre l'efficacité du contrat, il n'existe justement qu'un *risque* d'arbitraire, plus ou moins important d'ailleurs suivant le contenu de la clause. Si l'on reprend l'exemple énoncé plus haut et visant, de manière – trop – large, la cessation de l'activité de l'entreprise contractante, il se peut que cet événement se produise sous l'effet de la seule volonté de l'entrepreneur – l'activité en question est toujours rentable, mais il désire par exemple s'employer à développer une activité différente, *plus rentable*. Il se peut également que la cessation intervienne sous la pression d'événements extérieurs à cette volonté – effondrement du marché entraînant une chute de l'activité par exemple. On voit alors bien la différence avec la première clause permettant une sortie anticipée pour toute raison : lorsque celle-ci va être mise en œuvre, le bénéficiaire peut avoir une raison que la clause, plus précisément rédigée, aurait valablement pu prévoir car extérieure à sa volonté ; seulement, la pure volition invalide intrinsèquement la stipulation et le contrat ne prévoit donc pas de droit de sortie anticipée, laquelle évasion est alors fautive. Il en va différemment pour la seconde clause : si le contractant sort parce que le marché s'effondre, il aura respecté les termes de la clause puisqu'il cesse bien son activité. Il paraît banal de l'écrire, mais il est utile de le rappeler : si cette clause crée un risque d'arbitraire, il n'en demeure pas moins qu'il existe également des possibilités de la mettre en œuvre dans des conditions qu'elle prévoit et indépendantes de la volonté de son bénéficiaire. Par où l'on peut comprendre la position de la jurisprudence qui entend parfois éviter la nullité d'une stipulation lorsque sa mise en œuvre peut relever d'une attitude respectueuse des attentes raisonnables que l'on se fait du contrat et du cocontractant.

418. Ainsi, en premier lieu, on peut déjà admettre leur validité de principe⁹⁵⁶, et ce parce qu'il ne s'agit pas de ce qu'entend sanctionner l'article 1174 du Code civil : pourquoi sinon avoir envisagé l'existence de conditions mixtes et le mécanisme

de la relation, ou encore de prévoir une faculté de sortie causée ; d'autre part, nous ne pensons pas qu'il faille voir dans l'existence de dispositions légales particulières autorisant une rupture anticipée *ad nutum* une onction du législateur quant à la validité de conditions de sorties « purement » potestatives, ni même un paradoxe ; ce constat peut être un solide argument pour soutenir, à l'inverse, que le droit ne valide pas d'une manière générale de telles stipulations.

⁹⁵⁶ B. DONDERO, *De la condition potestative licite*, art. cit., spéc. n° 43 et s. ; S. GJIDARA, *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil*, art. cit.

correcteur de l'article 1178 du même code ? Ensuite, il doit être fait appel aux critères dégagés tant par la jurisprudence que par la doctrine et qui permettent de déceler une potestativité illicite. Toutefois, il est indispensable que ce contrôle soit assumé : il s'agit bien de celui prévu par l'article 1178, qu'il convient d'étendre aux conditions résolutoires. Il n'est donc pas tant question de rechercher la potestativité illicite d'une clause que d'apprécier le comportement de son bénéficiaire. En définitive, ce n'est que contrôler l'exercice d'un droit potestatif : dans le cadre de la théorie de la condition, le Code civil de 1804 envisage donc déjà la potestativité licite, l'existence de droits nécessairement potestatifs, et en assure *a minima* une mise en œuvre de bonne foi⁹⁵⁷. La recherche de l'illicite en matière de potestativité change de visage : on passe d'une donnée subjective appréciée au stade de la formation – le pouvoir arbitraire est mû par une *volonté* arbitraire –, à des considérations objectives⁹⁵⁸ relevées en cours d'exécution. À ce titre, la vérification du sacrifice que consent le bénéficiaire de la clause en la mettant en œuvre et surtout la possibilité de contrôler l'absence d'arbitraire dans sa prise de décision sont autant d'éléments objectifs et suffisants pour déterminer si le droit potestatif a été mis en œuvre correctement. Ainsi, les critères déjà dégagés par la jurisprudence et systématisés par la doctrine pour faire le départ entre le *simplement* et le *purement* potestatif nous semblent pouvoir être repris, moyennant toutefois deux précisions.

419. Tout d'abord, il faut bien garder à l'esprit qu'il ne s'agit plus d'apprécier la validité intrinsèque d'une clause douteuse mais de contrôler le comportement d'un contractant dans la mise en œuvre d'une stipulation valable. Clairement, le visa de l'article 1178 du Code civil doit apparaître. Bien que l'article fût rédigé pour la condition suspensive, il ne nous paraît pas plus gênant de l'adapter à la condition résolutoire – laquelle sera réputée non-accomplie lorsque c'est le débiteur qui en aura provoqué l'accomplissement⁹⁵⁹ – que de continuer, par exemple, à faire référence à la distinction entre les conditions purement et simplement potestatives dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* de la validité d'une condition. Ensuite, concernant le contrôle à opérer, si le

⁹⁵⁷ Mettre en œuvre une stipulation de mauvaise foi constitue une violation de l'article 1134, alinéa 3, dont on peut estimer que l'article 1178 n'est qu'un rappel inclus dans la section des obligations conditionnelles : v. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, op. cit., n° 338, p. 245. Selon cet auteur, et nous l'approuvons, l'article 1178 du Code civil est le « pendant de l'article 1134, alinéa 3 de ce même code dans la microcosme de la théorie de la condition ».

⁹⁵⁸ V. par ex., en appelant à « l'objectivation » des critères en la matière, B. DONDERO, art. cit., n° 32 et s., p. 688 et s.

⁹⁵⁹ V. d'ailleurs la nouvelle formulation de ce mécanisme, incluant désormais la condition résolutoire ou extinctive, dans l'article 1177 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations.

glissement vers l'exécution – la réalisation de la condition –, objective la notion tout en l'adaptant aux figures contractuelles actuelles, l'idée cependant d'une vérification du juge nous paraît quelque peu gênante : outre qu'il s'agit d'une immixtion supplémentaire dans le contrat, il nous semble qu'il serait préférable que le contractant puisse lui-même, sans avoir à se jeter dans une quête judiciaire nécessairement incertaine, contrôler que la sortie n'est pas le fruit d'une décision arbitraire, directement liée à la volonté de s'évader de la relation sans raison – ou sans raison juridiquement acceptable ; car une question nous vient alors à l'esprit quant à l'utilité même du critère du contrôle objectif : si l'on peut raisonnablement penser que le débiteur ne perdra pas quoi que ce soit d'important seulement pour sortir d'une relation, peut-on être certain qu'il ne tentera pas de s'éclipser arbitrairement sous couvert d'objectivité, en « pariant » finalement sur l'ignorance, ou le dépit pourquoi pas, d'un créancier ne désirant pas s'engager dans une action en justice ? C'est un risque que lui permet de prendre le critère de la possibilité de contrôle judiciaire des circonstances entourant la réalisation de la condition. Cela oblige alors le créancier à agir : la possibilité d'une vérification en justice, voire la nécessité de saisir le juge, afin rappelons-le d'éviter un arbitraire *déséquilibrant*, nous paraît être un critère lui-même *déséquilibrant*.

420. L'importance donnée à la loyauté dans l'accomplissement de la condition ne doit pas permettre la prévision d'événements vaguement déterminés, laissant ainsi une trop grande place au risque d'arbitraire. Dans la mesure où le juge doit rester le dernier recours pour un créancier déçu, celui-ci devrait pouvoir être en mesure de comprendre la décision de son partenaire : cela impose tout d'abord une stipulation adéquate, prévoyant aussi clairement que possible les circonstances extérieures entraînant le jeu de la condition⁹⁶⁰ ; en tous les cas il faut réduire fortement le risque d'arbitraire. Ensuite, il convient d'organiser contractuellement la procédure de sortie : si le contractant entend se prémunir par une clause de sortie contre une baisse d'intérêt liée à un événement laissant subsister *a priori* une possibilité arbitraire, il ne nous semble pas saugrenu d'exiger de lui une certaine transparence afin que le cocontractant, et non le juge doublé d'experts, puisse objectivement apprécier la situation. Encore une fois, la différence entre une relation contractuelle à durée indéterminée et une relation prévue pour un certain temps doit se faire sentir : si *motiver* – parce qu'il s'agit de cela – la décision de sortir de la première par le jeu de la résiliation unilatérale peut paraître, sinon excessif, en tout cas discutable,

⁹⁶⁰ En ce sens v. B. DONDERO, *art. cit.*, n° 58, p. 698.

cela devrait être le principe pour la seconde ; or s'il n'est pas possible pour l'autre partie, en présence d'une rédaction faisant place au risque d'arbitraire, d'apprécier un minimum la réalité des motifs, il ne s'agit pas d'une réelle motivation. Un arbitrage doit s'établir « *entre deux impératifs : permettre à l'un des contractants de mesurer l'opportunité de la conclusion du contrat à l'aune de la réalisation d'un événement futur et incertain ; protéger son partenaire subissant l'incertitude relative à la survenance de cet événement, par la vérification de l'objectivité de cette incertitude et de l'absence d'arbitraire* »⁹⁶¹.

421. Il nous paraît donc souhaitable que le cocontractant puisse vérifier en amont les données qu'un juge pourrait éventuellement apprécier par la suite en cas de contestation⁹⁶² sur leur teneur et leur portée. Cela peut alors être envisagé par l'imposition d'une certaine obligation renforcée de motivation⁹⁶³, le titulaire de la faculté s'engageant à justifier la mise en jeu du mécanisme contractuel par la survenance de circonstances objectives qu'il portera à la connaissance de l'autre partie.

422. Une fois la notion de potestativité épurée de ce qui n'est pas acceptable, il faut encore s'accorder sur la sanction de cet arbitraire intolérable.

B. La sanction de la potestativité illicite d'une clause de sortie

423. Concernant la pure volition, et suivant la lettre de l'article 1174 du Code civil, l'obligation correspondante serait nulle ce qui entraînerait la nullité de la relation contractuelle⁹⁶⁴. Sous l'apparence superficielle de la simplicité et du bon sens, l'application de cette sanction légale aux clauses de sortie litigieuses a du mal à dissimuler l'existence d'un paradoxe : tout d'abord, cette annulation peut paraître inutile dans la mesure où la mise en œuvre d'une condition résolutoire conduit en principe, selon

⁹⁶¹ J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, art. cit., n° 14, p. 760.

⁹⁶² V. d'ailleurs en ce sens Cass. com., 28 juin 1968, *Bull. civ.*, III, n° 405, préc. : les juges font droit à la demande reconventionnelle en nullité du cocontractant au motif, comme le relève la Cour d'appel, « *qu'aucun contrôle, aucune vérification n'était réservée au cocontractant du [concessionnaire], alors que par une appréciation subjective et unilatérale, ce dernier avait la faculté de refuser, en cours d'exécution, de tenir les engagements par lui initialement pris* » (nous soulignons).

⁹⁶³ La *motivation* est ici entendue comme le fait de porter à la connaissance de l'autre les motifs, en l'occurrence de la sortie. Son *renforcement* consisterait alors à ajouter à l'énonciation des motifs la fourniture d'un minimum d'éléments permettant au cocontractant d'établir leur existence, au moins apparente. Cf. *infra*.

⁹⁶⁴ Soit à considérer que l'obligation de respecter la durée dans un contrat conclu à temps est toujours essentielle – obligation pour le prêteur de respecter le terme prévu pour la restitution –, soit à regarder la prévision d'une durée comme faisant nécessairement partie de l'obligation caractéristique – obligation d'approvisionnement pendant cinq ans –, soit encore, ce qui est souvent le cas, à remarquer que la condition vise le contrat dans son ensemble, donc toutes les obligations.

certains, au même résultat, c'est-à-dire une remise en question de la relation *ab initio*⁹⁶⁵. Pourquoi alors s'embarasser du truchement du juge ? On peut objecter que la rétroactivité n'est pas systématique dans le jeu conditionnel et qu'ainsi les effets peuvent s'avérer différents. Cependant, et surtout, cette sanction va entraîner de toute manière ce que le contractant s'estimant lésé veut éviter en cours d'exécution : la fin de la relation.

424. Certes, comme il a été dit, ces clauses ne font pas l'objet d'un contentieux important, du moins les éventuels litiges ne portent-ils pas sur ce caractère purement potestatif⁹⁶⁶ ; force est pourtant de constater que le système de protection, *de lege lata*, n'est pas adapté à la condition résolutoire contenue dans un contrat à durée déterminée et à exécution successive, éventuellement empreint de dépendance économique : les rédacteurs du Code civil ont envisagé la notion en ayant à l'esprit une certaine conception du contrat, instantanée et réalisant « naturellement » un équilibre des intérêts antagonistes⁹⁶⁷. La nullité sanctionnait alors opportunément l'absence d'engagement sérieux, le retour au *statu quo ante* étant concevable et supportable puisqu'aucune prévision d'un étalement dans le temps de l'exécution des obligations n'allait nourrir l'espoir d'un contractant quant à la pérennité d'une convention. Il n'y avait pas forcément lieu de faire le départ entre la condition suspendant la naissance d'une obligation et celle suspendant sa résolution.

425. La durée de la relation ayant souvent une importance capitale aux yeux des contractants⁹⁶⁸, il conviendrait de revoir la sanction, *de lege feranda* et d'ainsi introduire une distinction avec la condition suspensive. Deux partis peuvent être pris ici : considérer l'absence d'engagement parfait en permettant l'annulation du contrat ou assurer un

⁹⁶⁵ En ce sens, v. par exemple, W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, art. cit., n° 11, p. 706.

⁹⁶⁶ V. Cass. 3^{ème} civ., 31 oct. 2008, *JCP éd. E* 2009, II, 10052, note C. CHABAS. La validité de la clause n'était pas discutée.

⁹⁶⁷ Rapp. J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, *RDC* 2004, p. 47 et s., n° 1.

⁹⁶⁸ Il est vrai cependant que l'insertion d'une clause de sortie par les parties est un indice de ce que la durée n'est pour elles pas forcément essentielle. Il est ainsi possible de sortir du débat de la sanction d'une condition résolutoire potestative en se penchant sur la durée du contrat : les parties n'ont-elles pas voulu, en réalité, se lier pour une durée indéterminée, ce qui implique qu'elles disposent d'un droit de résiliation unilatérale ? Cette question a déjà été posée en matière de droit du travail, comme nous le verrons (*cf. infra*), mais nous avancerons d'emblée que, selon nous, la seule présence d'une clause de résiliation pour toutes raisons et à tout moment, illicite au regard de l'article 1174 du Code civil, ne saurait à elle seule entraîner la requalification du contrat, c'est-à-dire la négation de la précision de sa durée (v. en ce sens Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-17.075, *inédit.*) La requalification ne pourra être envisagée que s'il ressort de l'ensemble des stipulations du contrat que la détermination de la durée n'est pas importante ; et il est alors vrai que cela implique l'existence d'une faculté de sortie parfaitement discrétionnaire au profit de chaque partie.

certain maintien du lien contractuel. Car si l'engagement peut être considéré comme non sérieux sur la durée, il a pu – ou pourra – tout de même recevoir une exécution satisfaisante, conforme à la volonté des parties exprimée par ailleurs, et ce pendant des années. Ceci doit conduire à envisager une autre voie : celle de la paralysie de la seule clause de sortie en la réputant *non-écrite*. La relation pourra subsister – en tout cas pour un temps encore –, purgée de sa stipulation litigieuse. Il s'agit d'annihiler la seule disposition contractuelle qui vient clairement contredire l'engagement. En pratique, donner suite à une demande de nullité du cocontractant du bénéficiaire de la clause litigieuse, même avant toute exécution, reviendrait à lui permettre de s'échapper pour toutes les autres raisons non valables qui pourraient en réalité le motiver ; alors que, c'est important, il a consenti au contrat, en ce qu'il est censé être le support de la réalisation d'une opération qu'il a voulue, et que la solution n'est pas difficile à mettre en œuvre, puisqu'il s'agit de faire comme si la clause n'existait pas. Le maintien du contrat, dans ces conditions et pour ces raisons, nous semble plus *juste* et *utile* que son anéantissement. Sauf à envisager, de manière nécessairement exceptionnelle, le jeu de l'erreur sur une qualité substantielle⁹⁶⁹. La jurisprudence paraît en ce sens, lorsqu'elle décide – certes maladroitement –, à propos d'une clause de déchéance du terme considérée comme potestative, qu'elle « *n'affecte pas la substance des autres dispositions contractuelles et doit être seule affectée par la nullité prononcée pour condition purement potestative* »⁹⁷⁰.

426. Ce problème se retrouve alors pour les dispositions de la seconde série. En l'occurrence, l'absence de consentement se mue en risque d'usage arbitraire d'un pouvoir et leur éventuelle sanction doit être envisagée au regard du même paradoxe : appliquer la nullité conduirait en pratique au même résultat, celui que veut éviter le créancier⁹⁷¹. Il faut de plus, comme cela a déjà pu être avancé⁹⁷², que la demande de nullité pour potestativité ne devienne pas le « truc » de certains plaideurs à employer pour se débarrasser nonchalamment d'une convention dont un contractant ne veut plus pour de « légères »

⁹⁶⁹ Cf. *supra*.

⁹⁷⁰ CA Poitiers, 9 mars 1994, *JurisData* n° 1994-050746. V. ég., Cass. soc., 4 déc. 2002, n° 00-45.550, *inédit*, qui censure un arrêt d'appel ayant considéré que la clause de déchéance du terme potestative devait être considérée comme non-écrite, la cassation n'intervenant pas pour ce motif mais parce que la clause ne constituait pas une condition purement potestative.

⁹⁷¹ V. d'ailleurs par ex. Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, préc. : les médecins ne demandaient pas la nullité de l'obligation, et partant celle du contrat, mais que soit constatée la rupture abusive du contrat et allouée une indemnité à ce titre.

⁹⁷² V. P. MALAURIE, *D.* 1996, p. 604, note sous Cass. 3^{ème} civ., 22 nov. 1995.

raisons ou pour se défendre contre une demande légitime d'exécution forcée de ses propres obligations.

427. La nullité, à notre sens, doit être écartée pour une clause ne contenant, de par sa formulation, qu'un risque d'arbitraire, à l'image des clauses présentes dans les affaires précitées qui ont conduit aux décisions de 1984 et 2001⁹⁷³. Il s'agit de l'effet principal de la validité de principe de ces clauses. Avant toute mise en œuvre de la stipulation, on ne voit pas bien pourquoi un contractant devrait être autorisé à demander la nullité d'une convention alors qu'il n'a pas souffert d'un arbitraire qui ne s'est pas encore concrétisé et que cela, du point de vue du cocontractant, confine à l'injustice ; et ce d'autant plus lorsqu'il y aura eu un commencement d'exécution. Même en imaginant que la nullité soit demandée avant tout début d'exécution, on ne peut considérer, à l'inverse de l'hypothèse d'école envisagée précédemment, qu'il y a une absence de consentement ; il n'y a qu'un risque. De plus, encore une fois, lorsque le contentieux naît de la mise en œuvre de la clause, la nullité se trouve particulièrement inadaptée puisque cela entraînerait la cessation de la relation.

428. Le mécanisme de l'article 1178 du Code civil doit ici trouver à jouer, moyennant, comme il a été dit, adaptation. Avant toute mise en œuvre, toujours dans un raisonnement faisant prévaloir le maintien de la relation contractuelle, le créancier ne saurait exciper une quelconque tare : laisser le bénéfice du doute au bénéficiaire de la clause permet de laisser sa chance au contrat censé produire, par ailleurs, tous les effets voulus. Postérieurement à la mise en œuvre du mécanisme et s'il s'avère, après contrôle des circonstances entourant la décision de sortir, que le cocontractant⁹⁷⁴ perçoit une manipulation par le titulaire de la faculté, une action en justice devra lui permettre tout à la fois de sanctionner cette attitude et d'éviter la nullité du contrat : la condition sera réputée non accomplie⁹⁷⁵, le bénéficiaire de la clause étant alors privé de son droit de s'en servir si c'est lui seul qui a provoqué la survenance de l'événement conditionnant la naissance du droit de sortir de manière anticipée.

⁹⁷³ Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, préc. et Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, préc.

⁹⁷⁴ Lequel devrait être en mesure de procéder lui-même au contrôle du jeu conditionnel par l'imposition d'une certaine obligation renforcée de motivation.

⁹⁷⁵ B. DONDERO, *art. cit.*, n° 61, p. 699 ; V. également, citant la doctrine italienne s'étant intéressée à la question : J. ROCHFELD, *art. cit.*, n° 17, p. 763. V. encore les articles 1176 et 1177 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par Monsieur le Professeur Catala.

429. On trouve d'ailleurs des traces de ce raisonnement en matière de clause de déchéance du terme incluse dans un contrat de prêt conclu entre un employeur et son salarié, laquelle prévoit quasi-systématiquement que l'emprunteur sera déchu du bénéfice du terme s'il venait à cesser ses fonctions au sein de l'entreprise : lorsque cette stipulation est mise en œuvre par l'employeur suite à un licenciement jugé abusif ou sans cause réelle et sérieuse, le juge décide que celui-ci ne saurait se prévaloir de la clause⁹⁷⁶.

430. Nous traiterons alors plus loin de cette question car on se rend compte que l'on passe de la question de la validité de la clause à celle du droit de s'en prévaloir⁹⁷⁷. Il s'agit en quelque sorte d'un « hybride » entre la sanction de la mauvaise foi dans l'utilisation d'une faculté contractuelle et celle d'un vice organique d'une disposition : la potestativité de la stipulation est tolérée en ce qu'elle ne fait que porter les germes de l'arbitraire mais son utilisation sera sanctionnée en cas de manipulation couvrant la réalité, c'est-à-dire dissimulant une décision arbitraire.

431. En définitive, nous concéderons volontiers que cela pourrait s'apparenter davantage au contrôle de l'exercice d'un droit potestatif que de la prévision d'une condition valable, compatible avec les exigences mentionnées à l'article 1108 du Code civil. Cela dit, ce code le prévoit lui-même dans la section relative aux obligations conditionnelles et, plus généralement, notre droit a clairement pris le parti de réglementer l'existence des droits potestatifs de sortie.

§2 La réglementation de la mise en place d'un droit potestatif

432. L'appréhension des clauses de sortie, objet de notre étude, nous permet de toucher à l'essence du contrat, en ce sens que leur nature et leur régime traduisent la difficulté d'opérer un certain équilibre entre les intérêts en présence : d'un côté celui d'un contractant, qui doit être sûr de vouloir s'engager bien entendu, mais qui voudrait pouvoir s'aménager une porte de sortie pour des raisons légitimes et, d'un autre côté, celui d'une partie qui veut pouvoir compter sur une relation contractuelle pérenne – à tout le moins

⁹⁷⁶ Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 96-45.138, *inédit* ; CA Grenoble, 15 déc. 1999, *JurisData* n° 1999-117555 ; CA Paris, 25 janv. 2001, *JurisData* n° 2001-138995 ; CA Montpellier, 2 févr. 2005, *JurisData* n° 2005-281914 ; CA Paris, 14 sept. 2007, *JurisData* n° 2007-342001. Ces décisions font référence à l'absence de bonne foi de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail ; on ne peut toutefois s'empêcher d'y voir une – heureuse – application de l'article 1178 du Code civil.

⁹⁷⁷ Cf. *infra*.

sur le respect de la durée du contrat – ; et il est bien clair qu'en principe chacun des contractants peut se trouver dans l'une ou l'autre de ces positions.

433. Nous avons vu que la prise en compte du premier de ces intérêts est l'objet même des clauses de sortie⁹⁷⁸ ; nous verrons de même que la mise en œuvre de ces clauses doit impérativement s'effectuer dans le respect du second. Toutefois cette dernière « garantie » est apparue insuffisante en certains domaines, dans lesquels l'intérêt du non sortant présente une intensité particulière, la relation contractuelle revêtant pour lui un caractère essentiel, d'ordre économique ou social, si les deux ne sont pas mêlés ; c'est la distributivité ci-dessus évoquée qui est remise en cause. Ce déséquilibre de fait, dû à la nature même des contractants, n'invalide pas la relation, mais il a semblé alors nécessaire, en amont d'une certaine considération de l'autre partie dans la mise en jeu de la prérogative contractuelle, de contrôler *ab initio* la potestativité *lato sensu* ; le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont ainsi pu faire l'économie d'une réglementation des pouvoirs accordés par le contrat et relatifs à la sortie de la relation au regard de l'intérêt de l'autre contractant (**A.**).

434. Nous aborderons ensuite le contrôle opéré, toujours en raison d'une potestativité attisant la méfiance des autorités, sur l'ensemble des prérogatives contractuelles que « s'offre » le professionnel contractant avec le consommateur. Ici, ce n'est pas tant directement la pérennité contractuelle qui est recherchée – ou du moins la potestativité relative à la sortie qui est traquée – que l'équilibre contractuel mis à mal par le risque d'abus ; il n'en reste pas moins, indirectement, que certaines clauses de sortie pourront se retrouver invalidées du fait du pouvoir accordé sur la sortie à l'un des contractants, l'intérêt à l'exécution de la convention de l'autre partie étant ainsi ménagé en amont de toute exécution (**B.**).

A. La prise en compte directe de l'intérêt du cocontractant à l'exécution ou la réglementation spécifique de la sortie : l'exemple du contrat de travail

435. Par opposition, en quelque sorte, aux contrats étudiés ci-après – contrats de consommation –, nous traiterons ici de conventions que l'on peut qualifier

⁹⁷⁸ Cf. *supra*.

d'essentielles⁹⁷⁹ au regard de notre société : les contrats de travail. Leur réglementation est l'objet d'un souci particulier des autorités, auquel n'échappent pas, du fait de leur effet, les clauses qui nous occupent. Il s'agit à notre sens d'un topique exemple de la prise en compte directe de l'intérêt d'un contractant particulier, le salarié.

436. Ce ne sont au demeurant pas les seules conventions pour lesquelles la stipulation d'une faculté d'évasion est, sinon prohibée, du moins étroitement contrôlée, d'autres contractants méritant une protection ; il en va ainsi par exemple du contrat de bail pour lequel la loi entend consacrer de manière générale une certaine stabilité⁹⁸⁰, du contrat de société, laquelle ne peut en principe être dissoute par la volonté d'un seul associé⁹⁸¹, du contrat administratif au sens large au nom de l'intérêt général⁹⁸² ou encore du contrat d'assurance⁹⁸³. Au titre de la restriction à la validité de stipulations relatives à la sortie, nous relèverons encore que le Code de commerce prive d'effet toute clause autorisant une sortie anticipée en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde à

⁹⁷⁹ En ce sens qu'elles sont le support de la relation permettant de subvenir à nos besoins. Mais nous avons conscience qu'une société de consommation ne saurait exister sans consommation, laquelle n'est pas étrangère à nos besoins.

⁹⁸⁰ Dans le contrat de bail d'habitation, la rupture par le propriétaire est étroitement et impérativement réglementée par la loi du 6 juillet 1989. Les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce, dispositions impératives pour la plupart, limitent la possibilité de sortie du propriétaire de locaux objets d'un bail commercial. Le bail rural est, enfin, également l'objet d'une attention particulière ayant pour objectif toujours, dans l'intérêt du preneur, d'assurer une certaine stabilité – v. les articles L. 411-31 et suivants du Code rural. Il est intéressant de relever que la cession de ce contrat est aussi limitée : traditionnellement interdite – v. l'article L. 411-35 du même Code –, elle est désormais envisageable depuis la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 ayant institué la possibilité de conclure un bail cessible hors du cadre familial – v. à ce sujet et par ex. F. ROUSSEL, *Le bail cessible hors du cadre familial, nouvel outil de stabilité de l'exploitation agricole, Dr. et patr.* 2006, n° 150, p. 28 et s.

⁹⁸¹ Une société commerciales devant, depuis la loi du 4 janvier 1978, être conclue pour une durée déterminée, la faculté de résiliation unilatérale, à tout moment et sans raison, attachée à l'indétermination de la durée n'existe plus – sauf pour les sociétés en participation : v. l'article 1872-2, al. 1^{er}, du Code civil. Une clause dans ce sens insérée aux statuts ne saurait valablement la réintégrer, sauf d'après certains à prévoir une faculté périodique : v. en ce sens M. GERMAIN, F. VINCKEL, *Durée de la société*, Jurisclasseur Sociétés Traité, fasc. 20-40, n° 7, n° 25 ; B. MERCADAL, P. JANIN, A. COURET et A. CHARVERIAT, *Sociétés commerciales*, F. Lefebvre, 2006, n° 1173. Toute prise en compte de l'intérêt des contractants, comme de celui de la société, n'est pas pour autant exclue puisque d'après l'article 1844-7, 8°, du Code civil, d'autres causes de dissolution peuvent être prévues dans les statuts.

⁹⁸² Cet intérêt général justifie tout à la fois le principe de la faculté de résiliation unilatérale au profit de la personne publique et l'exclusion de la possibilité d'octroyer contractuellement une possibilité de sortie au bénéficiaire du cocontractant. L'administration ne peut pas plus accepter la stipulation d'une clause autorisant la cession du contrat, sauf à déterminer dès le départ le potentiel cessionnaire. V. CE, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat*, *Rec. CE*, p. 141.

⁹⁸³ La sortie de la relation est possible mais généralement prévue de manière impérative par la loi. Les exemples sont nombreux : v. l'article L. 113-12 du Code des assurances pour la faculté de droit commun de résiliation annuelle des contrats d'assurances dommages des particuliers ; v. encore l'article L. 113-16 du même Code pour les possibilités de résiliation de la relation contractuelle pour circonstances exceptionnelles. Pour une présentation générale, v. notamment Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2011, n° 243 et s., p. 212 et s.

l'encontre du partenaire, lorsqu'il s'agit d'un contrat en cours⁹⁸⁴. En ce cas, si le besoin de protection ne vient pas directement de la nature du contrat en cause, mais de la situation du contractant, il s'agit toujours de prendre en compte légalement l'intérêt de celui-ci à voir perdurer une relation contractuelle, en donnant pour ce faire la possibilité de choisir les contrats devant continuer pendant la procédure, laquelle faculté ne saurait être restreinte par une clause de sortie.

437. Il est intéressant de constater que, dans ce but, la sortie de la relation de travail est envisagée de manière générale ; c'est dire en fait que la prohibition touche l'ensemble des clauses prévoyant une telle faculté, sans égard aux éventuelles distinctions opérées concernant les différents événements qui pourraient être visés par la clause et dont la survenance permettrait l'évasion d'un contractant. Belle illustration, en définitive, de ce que la sortie doit être envisagée comme un concept unitaire.

438. Est-il encore besoin de rappeler le dirigisme concernant ce contrat, véritable outil de politique sociale ? Le régime de la sortie de cette relation contractuelle est légalement prévu et d'ordre public : il en résulte un anéantissement apparent de la liberté contractuelle en la matière, que la relation soit à durée indéterminée (1) ou déterminée (2).

1. La clause de sortie et le contrat de travail à durée indéterminée.

439. Selon l'article L. 1231-1 du Code du travail et conformément au droit commun des contrats, « *le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié, ou d'un commun accord* ». La résiliation unilatérale d'une telle relation est donc possible. Pourtant, une clause de sortie ne serait pas inutile pour s'écarter du régime légal prévu dans la mesure où la rupture doit intervenir, selon le même article, « *dans les conditions prévues par les dispositions du présent titre* ».

440. Seulement, l'article L. 1231-4 du même Code dispose quant à lui que « *l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre* », lequel titre régit la « *rupture du contrat de travail à durée indéterminée* ». Les parties ne peuvent donc déroger au régime légal,

⁹⁸⁴ Article L. 622-13 du Code de commerce. V. également l'article L. 641-11-1 du même code en matière d'ouverture ou de prononcé d'une liquidation judiciaire.

impératif, de la rupture de cette convention par une quelconque stipulation contractuelle ; elles ne peuvent pas écarter, à la formation du contrat, la nécessité d'une cause réelle et sérieuse du licenciement, pour motif personnel ou pour cause économique, ni bien entendu en donner une définition⁹⁸⁵. Elles ne peuvent, de même, encadrer contractuellement les autres modes de rupture du contrat, comme par exemple la force majeure, strictement appréhendée, la prise d'acte de la rupture par le salarié ou encore son départ ou sa mise à la retraite⁹⁸⁶.

441. En définitive, si un accord sur la rupture est possible entre les contractants, il ne peut intervenir qu'en cours d'exécution du contrat⁹⁸⁷. Il en va en principe de même s'agissant des relations contractuelles de travail à durée déterminée.

*2. La clause de sortie et le contrat de travail à durée déterminée*⁹⁸⁸

442. Nous allons voir que si la prohibition des clauses de sortie anticipée est un principe qui ne souffre pas vraiment d'exception (*a.*), des questions demeurent et concernent, d'une part, les conséquences de la prévision par les parties d'une faculté de sortie sur la qualification de leur relation (*b.*) et, d'autre part, la qualification de certaines clauses parfois utilisées en pratique (*c.*).

⁹⁸⁵ V. par ex. CA Paris, 16 déc. 2010, RG n° 09/05570. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de travail d'un agent de service dans une zone aéroportuaire. L'exécution du contrat nécessitait le port d'un badge de la police de l'air et une stipulation prévoyait la résiliation automatique en cas de refus des services de la police de l'air de délivrer ledit titre d'accès ou s'ils venaient à le retirer. Un retrait de l'autorisation ayant eu lieu, l'employeur mis en œuvre la clause ; ce que contesta le salarié. Les juges décidèrent, après avoir relevé que l'événement ne constituait pas un fait du prince, que « *la clause de résiliation automatique étant inopposable au salarié et ne pouvant priver le juge de son pouvoir d'appréciation, la résiliation du contrat de travail par l'employeur s'analyse en un licenciement lequel, le fait du prince n'étant pas caractérisé, est sans cause réelle et sérieuse* ».

⁹⁸⁶ Nous relèverons tout de même l'existence par le passé d'hésitations sur la validité et la portée des clauses dites « couperets », c'est-à-dire des dispositions contractuelles entraînant la rupture de plein droit de la relation à un âge déterminé, une mise à la retraite automatique. Celles-ci sont désormais nulles depuis la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 – v. l'article L. 1237-4, alinéa 2, du Code du travail –, nullité dont seul le salarié peut se prévaloir selon l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *JCP éd. E* 1999, p. 133, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; *Dr. soc.* 1999, p. 94, obs. J. SAVATIER ; *Cah. soc. barreau* 1999, n° 106, obs. F.-J. PANSIER.

Il existe, enfin, certaines possibilités d'aménagement conventionnel du départ à la retraite, en faveur par exemple du salarié qui voit son statut de base amélioré ; des régimes dérogatoires sont également prévus par la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 – v. l'article L. 1237-5 du Code du travail.

⁹⁸⁷ V. d'ailleurs la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, ayant institué la *rupture conventionnelle* aux articles L. 1237-11 à 1237-16 du Code du travail : S. CHASSAGNARD-PINET et P.-Y. VERKINDT, *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, *JCP éd. S* 2008, 1365 ; G. BREDON et L. FLAMENT, *La rupture conventionnelle : une rupture amiable encadrée*, *JCP éd. S* 2008, 1431.

⁹⁸⁸ V. N. LOUIT-MARTINOD, *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée déterminée*, PUAM, 2003, préf. C. Roy-Loustanaou, spéc. n° 75 et s., p. 84 et s.

a. *La prohibition des clauses de sortie anticipée*

443. L'article L. 1243-1 du Code du travail, concernant le contrat de travail à durée déterminée⁹⁸⁹, dispose en son premier alinéa que, sauf « *accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure* ». Il en découle une impossibilité de prévoir *ab initio*⁹⁹⁰, dans le contrat, une éventuelle sortie pure et simple de l'employeur pour des motifs autres que ceux expressément visés par cet article, sachant de plus que ces notions – force majeure et faute grave – sont interprétées assez rigoureusement ; c'est dire qu'une clause qui se bornerait à définir ce qu'est une faute grave n'en serait pas pour autant valable : la faute grave est celle qui rend impossible le maintien de la relation⁹⁹¹, ce n'est pas aux parties d'en donner une définition particulière en ce qui concerne leur convention⁹⁹². Le juge éventuellement saisi, *a posteriori*, par un salarié s'estimant victime d'une cessation anticipée injustifiée, recherchera cette gravité et sanctionnera l'employeur ayant décidé de rompre la relation pour une faute qui ne revêtait pas ce caractère. Il en va de même de la notion de force majeure.

444. La clause de sortie anticipée au bénéfice de l'employeur, qu'elle vise une inexécution du salarié ou toute autre circonstance interne ou externe à la relation, est alors nulle et réputée non-écrite, le contrat subsistant par ailleurs. La question de la nullité de la convention contenant une clause qui contreviendrait aux dispositions légales impératives peut se poser, surtout si l'on envisage que la clause peut être déterminante du consentement du contractant. Mais il faut conclure à la nullité de cette seule disposition

⁹⁸⁹ Nous n'envisagerons pas l'existence d'une période d'essai, dont l'emploi est étroitement réglementé (article L. 1242-10 du Code du travail). La sortie anticipée est dans ce cas permise (article L. 1242-11) pour les deux parties et n'entraîne aucune indemnité, sauf prévision contractuelle ou exercice abusif de ce droit.

⁹⁹⁰ Il a été un temps soutenu que le libellé de cet article, renvoyant à l'« *accord des parties* », permettait l'insertion d'une clause de rupture anticipée, cet accord pouvant intervenir lors de la formation de la convention (v. en ce sens G. POULAIN, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Litec, 1988, préf. B. Teyssié, n° 275, p. 199, cité par C. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 35, p. 41 et s.). Mais la jurisprudence (v. par exemple Cass. soc., 11 mai 1988, *Bull. civ.*, V, n° 283 ; Cass. soc., 27 mai 1992, *Bull. civ.*, V, n° 342 ; *JCP éd. E* 1992, II, p. 379, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 1992, p. 711 ; Cass. soc., 5 juil. 1995, *D.* 1996, p. 280, note J. MOULY ; Cass. soc., 16 déc. 1998, *Bull. civ.*, V, n° 552, p. 413 ; *Dr. soc.* 1999, p. 285, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU et p. 397, obs. J.-P. KARAQUILLO ; *RJS* 1999, comm. n° 165 ; Cass. soc., 24 oct. 2000, n° 98-40.447, *Lamyline*) ainsi que la doctrine (v. par exemple la deuxième édition de 1994 de l'ouvrage précité de G. Poulain, n° 372 et s.) ont contredit cette affirmation.

⁹⁹¹ V. A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2012, n° 727, p. 423 ; J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2012, n° 522, p. 558 V. en jurisprudence, par ex., Cass. soc., 5 janv. 1999, *Liaisons soc.* 1999, jur., n° 616, p. 12 : la faute grave est celle qui « *dénote chez son auteur une incapacité ou une incurie telle qu'il serait dangereux pour l'employeur de le maintenir à son poste* » ; Cass. soc., 27 sept. 2007, *Bull. civ.*, V, n° 146 : « *la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise* ».

⁹⁹² V. C. PAULIN, op. cit., loc. cit.

car sinon cela reviendrait à permettre à l'employeur de se libérer d'une relation, non point certes par la rupture, mais par la nullité ; ce qui en pratique reviendrait à ruiner tout autant l'objectif de protection du salarié engagé à temps, poursuivi à travers l'imposition légale d'une certaine stabilité⁹⁹³.

445. La validité de la clause de sortie du contrat de travail à durée déterminée pourrait-elle, par contre, être envisagée si elle est stipulée au profit du salarié ? Une partie de la doctrine répond par l'affirmative⁹⁹⁴, en soulignant que les dispositions légales impératives, entièrement tournées vers la protection du salarié engagé à temps, relèvent de l'ordre public social, auquel les parties peuvent alors décider de déroger si c'est en faveur du salarié⁹⁹⁵. On peut ainsi imaginer que les clauses de sortie au profit du salarié sont valables, puisqu'elles représentent une dérogation *in melius* au principe légal dans la mesure où « *elles donnent [...] au salarié des garanties supplémentaires* »⁹⁹⁶.

446. La Cour de cassation, qui ne s'est pas à notre connaissance directement prononcée sur la question, ne paraît d'ailleurs pas exclure cette possibilité lorsqu'elle juge que « *le salarié ne peut par avance accepter la rupture du contrat par l'employeur pour d'autres causes que celles prévues par le texte* »⁹⁹⁷. Cela semble laisser la possibilité pour l'employeur, moyennant une interprétation *a contrario*, d'accepter par avance la rupture du contrat par le salarié⁹⁹⁸. Reste encore à se demander ce qu'il adviendrait d'une clause

⁹⁹³ V. à ce sujet, soulignant la nécessité « *d'envisager les conséquences de l'application du critère intentionnel pour s'apercevoir qu'elles sont inacceptables* », B. TEYSSIE, *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause du contrat*, D. 1976, chr., p. 281 et s., spéc., n° 11. *Adde.*, à propos de la seule clause résolutoire, C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 36, p. 45. V. déjà et surtout P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibl. dr. priv. T. 101, LGDJ, 1969, préf. A. Weill, spéc. n° 336, p. 409.

Cela n'empêche tout de même pas les plaideurs de tenter de temps à autre de faire annuler le contrat au motif que la clause constituait pour l'employeur une condition déterminante de son engagement ; mais la jurisprudence refuse régulièrement de donner suite à ces prétentions (v. par ex. Cass. soc., 16 déc. 1998, préc.).

⁹⁹⁴ V. G. AUZERO, *La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée*, *Dr. soc.* 2001, p. 17 et s. ; D. JACOTOT, note sous Cass. soc., 9 janvier 2008, *Cah. dr. sport* n° 11, p. 45. *Contra* : J.-P. KARAQUILLO, obs. sous Cass. soc., 9 janvier 2008, *D.* 2009, p. 148.

⁹⁹⁵ V. G. AUZERO, *art. cit.*, p. 19, qui relève justement que la chambre sociale de la Cour de cassation s'est déjà positionnée dans ce sens dans une décision du 23 mars 1999 (*D.* 1999, jur., p. 470, note F. LAGARDE), en jugeant que la charte du football professionnel ne peut déroger à l'article L. 122-3-8, –devenu art. L. 1243-1 C. trav.– notamment, « *que dans ses dispositions plus favorables au salarié* ».

⁹⁹⁶ G. AUZERO, *art. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁹⁷ Cass. soc., 16 déc. 1998, préc.

⁹⁹⁸ En ce sens v. G. AUZERO, *art. cit.*, *loc. cit.* ; C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc. ; J.-P. KARAQUILLO, obs. sous Soc, 16 déc. 1998, préc. ; P. ALAPHILIPPE, *Contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale : un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur*, comm. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc.

instituant une faculté réciproque⁹⁹⁹. A notre sens, il est difficile de concevoir que l'on puisse éventuellement accepter la validité d'une clause de sortie anticipée au seul profit du salarié sans accepter la validité d'une même faculté pour le salarié, mais prévue dans une disposition permettant également à l'employeur de s'évader ; si la théorie contractuelle doit s'adapter¹⁰⁰⁰, l'ordre public, dont la teneur et la portée sont au centre du débat, est le même. Débat que la jurisprudence, du reste, éclairera peut-être dans l'avenir.

447. Nullité¹⁰⁰¹ de la clause permettant la sortie anticipée de l'employeur, validité théorique de celle au profit du salarié, le chemin paraît bien balisé ; seulement, sous le couvert de la simplicité encore une fois, ce principe a du mal à dissimuler l'existence de difficultés d'application. S'il paraît certain que L. 1243-1 condamne fermement l'imagination de l'employeur, encore faut-il que l'on soit – toujours – en présence d'un contrat à durée déterminée et qu'il s'agisse bien d'une clause de sortie anticipée. La clause, en tous les cas, ne permettra pas de sortir de manière licite de la relation, mais les conséquences d'une telle stipulation pourront sensiblement différer.

b. La requalification de la relation contractuelle de travail

448. La première « condition » nous renvoie à l'éventuel problème de la requalification, par le juge, du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée¹⁰⁰². La question se pose car la stipulation d'une clause de sortie anticipée va, il est vrai, à l'encontre de la détermination de la durée, cette faculté d'évasion étant un attribut de la relation à durée indéterminée¹⁰⁰³. La jurisprudence a ainsi, à plusieurs reprises, requalifié un contrat à durée déterminée contenant une clause de sortie anticipée¹⁰⁰⁴. L'enjeu est important puisque, suivant la qualification retenue, la sortie sera

⁹⁹⁹ V. not., se posant la question et concluant que « l'hypothèse demeure à confirmer », P. ALAPHILIPPE, comm. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc. Dans cette décision, il était d'ailleurs question d'une clause reconnaissant aux deux parties un droit de résiliation.

¹⁰⁰⁰ V. P. ALAPHILIPPE, comm. préc., qui envisage la consécration d'« une sorte de divisibilité de cette clause ».

¹⁰⁰¹ Relative, *a priori*, étant donné le caractère de l'ordre public en jeu. En ce sens, v. J.-P. KARAQUILLO, obs. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc.

¹⁰⁰² V. not. à ce sujet J. SAVATIER, *La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers*, *Dr. soc.* 1987, p. 375 ; C. ROY-LOUSTAUNAU, *Réflexion sur le rôle du juge dans la requalification du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, *JCP éd. E* 1990, I, p. 101 ; *Le double visage de la requalification du contrat dans le contrat de travail à durée déterminée : requalification-interprétation et requalification sanction*, (comm. de Cass. soc., 27 mars 1991), *RRJ* 1992, p. 861 et s.

¹⁰⁰³ En ce sens v. J. MOULY, obs. sous Cass. soc., 5 juil. 1995, préc. ; F. BOUSEZ, *Contrat à durée déterminée*, *Notion*, *JurisClasseur Travail Traité*, fasc. 2-40, n° 61.

¹⁰⁰⁴ V. par ex., Cass. soc., 27 oct. 1976, *Bull. civ.*, V, n° 529 ; Cass. soc. 23 avr. 1985, *Dr. soc.* 1987, p. 7 ; Cass. soc., 27 mars 1991, préc.

une rupture anticipée injustifiée – relation à durée déterminée –, l’employeur devant alors indemniser le salarié du montant des salaires que ce dernier aurait dû percevoir jusqu’à l’échéance du terme¹⁰⁰⁵, ou un licenciement injustifié¹⁰⁰⁶ – contrat à durée indéterminée – pour lequel le juge octroiera des dommages et intérêts généralement moins élevés étant donnée la durée relativement courte de la relation.

449. On distingue en droit du travail la *requalification-sanction* de la *requalification-interprétation*¹⁰⁰⁷. La première est celle qui vise la sanction de l’employeur méconnaissant la réglementation protectrice du salarié¹⁰⁰⁸, lequel peut seul demander au juge la requalification en contrat à durée indéterminée¹⁰⁰⁹. La seconde relève du droit commun des obligations et il s’agit alors pour le juge d’interpréter la volonté des parties lors de la formation du contrat « *et plus particulièrement de rechercher si celles-ci n’ont pas eu l’intention de se lier pour une durée indéterminée* »¹⁰¹⁰. Cette action, contrairement à la première, est ouverte aux deux parties¹⁰¹¹.

450. La requalification sera donc demandée généralement par l’employeur – *requalification-interprétation* – voulant éviter le paiement de lourdes indemnités pour rupture anticipée¹⁰¹². Bien que la jurisprudence ait accueilli certaines de ces prétentions, les décisions dans ce sens se font plutôt rares¹⁰¹³. Il semble au contraire que la Haute cour « *ne prête pas la main à une conception extensive de la requalification* »¹⁰¹⁴ ; la Cour de

¹⁰⁰⁵ Article L. 1243-4, alinéa 1^{er}, du Code du travail.

¹⁰⁰⁶ Et encore, la justification du licenciement sera facilitée dans la mesure où une faute grave n’est pas exigée : v. par ex. Cass. soc., 17 janv. 1995, n° 91-43.883. Cependant, l’existence d’une clause de résiliation pour certains motifs précisés dans un contrat à durée indéterminée « *ne dispense pas le juge de rechercher si la rupture a une cause réelle et sérieuse* », Cass. soc., 18 nov. 1998, *Bull. civ.*, V, n° 496 ; *D.* 1999, p. 443, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 1999, p. 192, obs. J. SAVATIER ; Cass. soc., 12 juil. 2005, *Bull. civ.*, V, n° 244 ; *D.* 2006, p. 344, note J. MOULY.

¹⁰⁰⁷ C. ROY-LOUSTAUNAU, articles précités ; *adde*, J.-P. KARAQUILLO, *La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d’actions en rupture ou en requalification*, *D.* 1997, chr., p. 345 et s.

¹⁰⁰⁸ V. l’article L. 1245-1 du Code du travail.

¹⁰⁰⁹ V. par ex. Cass. soc., 16 juillet 1987, *Bull. civ.*, V, n° 481.

¹⁰¹⁰ G. AUZERO, *La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée*, *art. cit.*, spéc. p. 20.

¹⁰¹¹ L’article 12 du Code de procédure civile impose l’égalité des parties devant l’interprétation par le juge de leur convention.

¹⁰¹² Celle-ci est parfois demandée par le salarié dont le contrat, *a priori* et selon lui conclu à durée déterminée, aura été rompu après l’échéance du terme ou non renouvelé.

¹⁰¹³ V. Toutefois Cass. soc., 17 janv. 1995, préc. ; Cass. soc., 20 mai 1998, n° 97-42.292.

¹⁰¹⁴ J.-P. KARAQUILLO, *La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d’actions en rupture ou en requalification*, *art. cit.*, p. 346 ; v. ég., soulignant l’évolution de la jurisprudence, C. LEFRANC-HAMONIAUX, note sous CA Metz, 22 mars 2005, *D.* 2006, p. 489.

cassation paraît en effet verrouiller l'action et refuse régulièrement la requalification voulue par l'employeur avançant l'existence d'une clause de sortie anticipée¹⁰¹⁵.

451. Une partie de la doctrine, afin de concilier les décisions divergentes en la matière, essaie d'apporter une grille de lecture claire en s'appuyant sur la distinction des clauses de sorties anticipées. Un auteur¹⁰¹⁶, par exemple, distingue les clauses de rupture anticipée des clauses de résiliation unilatérale : les premières, permettant une sortie à échéance déterminée, sont nulles comme contraires à l'article L. 1243-1 du Code du travail ; les secondes¹⁰¹⁷, autorisant la sortie de l'une ou l'autre des parties à tout moment, de manière discrétionnaire, doivent entraîner la requalification de la relation puisqu'elles sont incompatibles avec la stipulation d'un terme.

452. Outre la terminologie employée, qui au regard de la théorie générale des obligations rend la distinction plus artificielle que subtile, nous ne suivons pas complètement cette analyse qui établit un lien trop fort entre le contenu de la faculté octroyée par la clause et la possibilité pour l'employeur de demander la requalification du contrat¹⁰¹⁸. Si l'idée de pouvoir se lover dans une systématisation confortable est tentante, il convient de rappeler qu'il s'agira d'une question d'espèce¹⁰¹⁹ et que le seul contenu de la clause ne peut donc suffire à découvrir une éventuelle volonté des parties de se lier, en fait, pour une durée indéterminée.

453. Pour qu'il y ait interprétation conduisant éventuellement à une requalification, il faut qu'un doute existe sur la qualification. Il est clair alors qu'une clause de sortie

¹⁰¹⁵ Voir, refusant la requalification, Cass. soc., 18 mars 1992, *Bull. civ.*, V, n° 186 ; *RTD civ.* 1992, p. 590, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP éd. G* 1992, II, n° 21953, note J. MOULY ; Cass. soc., 27 mai 1992, *Bull. civ.*, V, n° 342 ; *JCP éd. E* 1992, II, n° 379, note J. MOULY ; Cass. soc., 5 juil. 1995, *D.* 1996, jur. p. 280, note J. MOULY ; Cass. soc., 16 déc. 1998, *Bull. civ.*, V, n° 552 ; *Dr. soc.* 1999, p. 285, obs. C. ROY-LOUSTAUNAU et p. 397, obs. J.-P. KARAQUILLO ; *D.* 2000, jur., p. 30, comm. P. ALAPHILIPPE ; *JCP éd. E* 1999, p. 1298, note J. MOULY ; Cass. soc., 26 oct. 1999, n° 98-41.465, *JurisData* n° 003886 ; Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-41.815, *JurisData* n° 006473 ; CA Paris, 11 avr. 2002, *JurisData* n° 176648 ; CA Aix-en-Provence, 3 avr. 2003, *JurisData* n° 215745 ; CA Rouen, 29 avr. 2003, *JurisData* n° 235716 ; v. encore, infirmant la décision des premiers juges ayant requalifié la relation, CA Metz, 22 mars 2005, *D.* 2006, p. 489, note C. LEFRANC-HARMONIAUX.

¹⁰¹⁶ F. BOUSEZ, *Contrat à durée déterminée, Notion, art. cit.*, n° 61 et s., spéc. n° 74. Voir encore, pour une distinction des clauses, C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Cass. soc., 18 déc. 1998, préc. ; J. MOULY, note sous Cass. soc., 18 mars 1992, préc. et note sous Cass. soc., 5 juil. 1995, préc.

¹⁰¹⁷ L'auteur s'appuie sur une définition de ces clauses donnée par Madame le Professeur Roy-Loustaunau, obs. précitées.

¹⁰¹⁸ V., implicitement, contre une requalification liée au contenu de la clause exclusivement, J.-P. KARAQUILLO, obs. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc. ; *adde*, P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. soc., 18 mars 1992, précitées.

¹⁰¹⁹ En ce sens v. P. ALAPHILIPPE, *Contrat de travail à durée déterminée et clause de résiliation unilatérale : un mélange des genres qui ne profite pas à l'employeur*, comm. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc., spéc. p. 32.

anticipée peut conduire à douter. Mais sa présence seule dans le contrat, si tant est qu'elle provoque la suspicion quant à la nature de la relation, ne saurait entraîner inexorablement une telle requalification. La jurisprudence nous semble dans ce sens, celui d'une vérification du contenu contractuel qui ne s'arrête pas au simple constat de l'existence d'une clause de sortie anticipée¹⁰²⁰. Lorsque le contrat semble clair et précis par ailleurs, ce qui témoigne d'une volonté sans équivoque des parties de se lier pour une durée déterminée, la requalification ne sera pas prononcée¹⁰²¹ ; ce qui est heureux, car comme l'écrit très justement un auteur, si la clause apporte un doute sur le moment où la relation prendra effectivement fin, cette incertitude « *se développe à l'intérieur du délai, parfaitement déterminé, affecté de la « date-butoir » stipulée par les parties [...]* »¹⁰²².

454. Cette appréciation judiciaire de l'ensemble des stipulations contractuelles conduit alors à remettre en cause toute tentative de classification : les juges ont par exemple déjà refusé la requalification d'un contrat contenant ce que certains¹⁰²³ perçoivent pourtant comme une « *clause de résiliation unilatérale* »¹⁰²⁴. Il nous semble donc que la seule « qualification » de la clause ne commande point le régime de la rupture du contrat la contenant¹⁰²⁵. La jurisprudence n'objective pas le contentieux¹⁰²⁶ et nous paraît répondre aux cas d'espèce. Dans ce cadre, l'ensemble des stipulations contractuelles devra être apprécié pour déceler une éventuelle volonté des parties de se lier, en réalité, pour une durée indéterminée ; on peut alors imaginer, comme éléments pouvant conduire à une requalification-interprétation de la relation contractuelle, l'imprécision du terme ou encore l'existence de clauses¹⁰²⁷ ou de contrats successifs¹⁰²⁸ contradictoires. En ces cas, l'existence de la clause de sortie ainsi que son contenu prennent une toute autre importance¹⁰²⁹.

¹⁰²⁰ V. clairement en ce sens Cass. soc., 18 mars 1992, préc. : « *la clause [...] n'avait pas pour effet de conférer à elle seule au contrat de travail un caractère indéterminé* » (nous soulignons).

¹⁰²¹ V. par ex., insistant sur la clarté et la précision des termes du contrat, CA Rouen, 29 avr. 2003, préc.

¹⁰²² P.-Y. GAUTIER, obs. précitées.

¹⁰²³ C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous Cass. soc., 18 déc. 1998, préc. ; F. BOUSEZ, *art. cit., loc. cit.*

¹⁰²⁴ Cass. soc., 17 oct. 2000, préc. La clause en question prévoyait une faculté de sortie anticipée discrétionnaire au bénéfice des deux parties.

¹⁰²⁵ *Contra* F. BOUSEZ, *art. cit., loc. cit.*

¹⁰²⁶ En ce sens, v. P. ALAPHILIPPE, comm. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc., p. 32.

¹⁰²⁷ Comme par exemple la stipulation d'une clause de garantie d'emploi dans un contrat prévoyant par ailleurs un terme et une faculté de sortie anticipée à l'issue de la période de garantie : v. F. PETIT, comm. sous Cass. soc., 6 mai 1997, *D.* 1998, jur., p. 294.

¹⁰²⁸ V. par ex. Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 99-45.668, *inédit.*

¹⁰²⁹ Il est vrai, dans ces conditions, que la rédaction de la clause revêt alors une importance : une stipulation permettant une sortie à tout moment et bénéficiant aux deux parties, faculté caractéristique de la relation à durée indéterminée, orientera davantage l'interprétation dans le sens d'une requalification qu'une

455. Le respect d'une certaine orthodoxie juridique n'est au demeurant pas le seul argument à l'appui du refus d'une requalification systématique répondant à une classification rigide. L'esprit de la législation protectrice du salarié doit entrer en compte, nous poussant ainsi à formuler une interrogation : s'il devait suffire, pour la requalification, que la clause institue une faculté discrétionnaire de sortie anticipée à l'égard des deux parties, cela ne pourrait-il pas permettre à l'employeur de « parier » que le salarié ne la mettra pas en œuvre avant lui éventuellement ? Car une fois le juge saisi par le salarié évincé, l'employeur pourrait arguer du caractère en fait indéterminé de leur relation contractuelle. Doit-on risquer de sacrifier la protection du salarié engagé à temps sur l'autel bancal de la pseudo-signification d'une seule disposition contractuelle ?

456. S'il est vrai que le contentieux se développe très largement à l'intérieur du domaine spécifique des contrats des sportifs – dans lequel le rapport de force employeur-salarié peut se trouver quelque peu bousculé –, la porte ouverte aux excès ne nous semble pas tolérable si, d'une part, on considère l'ensemble des contrats de travail et si, d'autre part, on souligne le fait qu'il existe d'autres moyens pour intégrer une certaine flexibilité¹⁰³⁰, parfois nécessaire dans ce milieu particulier ; finalement, l'imagination des contractants pourrait emprunter un chemin moins « chaotique », en tout cas plus respectueux de la législation protectrice du salarié employé pour une durée déterminée : s'accorder éventuellement avec un tiers sur une rupture anticipée payante, un *transfert*¹⁰³¹ ; ou encore conclure des contrats plus courts, renouvelables sous certaines conditions¹⁰³².

disposition contractuelle permettant la rupture par un seul des contractants ou à certaines échéances seulement ou encore pour certains motifs seulement.

¹⁰³⁰ V. à ce sujet D. JACOTOT, *Les différents modes de rupture du contrat de travail*, in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 196 et s., spéc. p. 209 et s.

¹⁰³¹ Certes, l'« aspiration » par la technique contractuelle, répondant à des données économiques, du sportif et de sa carrière conduit à une « certaine instrumentalisation », une réification de la personne – v. à ce sujet la *synthèse* de P. JESTAZ in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, *op. cit.*, p. 305 et s., spéc. p. 316 et s. –, mais le mal nous semble moindre dans un domaine où le déséquilibre est souvent, sinon inversé, au moins atténué.

¹⁰³² L'employeur du sportif ne pourra alors pas, il est vrai, négocier le transfert ci-dessus envisagé. Mais, comme l'écrit un auteur, « on ne peut pas gagner sur tous les terrains ! » (P. ALAPHILIPPE, comm. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc., p. 33).

c. La qualification de la clause

457. Le paiement à la sortie d'une somme prévue contractuellement entraîne-t-il la validité de la prévision des parties ? La question divise¹⁰³³ et la réponse va dépendre de l'analyse que l'on peut faire de ce type de clause. Pour certains¹⁰³⁴, une telle disposition, souvent dénommée « clause libératoire », doit s'analyser en une *clause de dédit*, c'est-à-dire une clause permettant au débiteur de se délier de son engagement, par une forme de reprise du consentement, moyennant généralement le versement d'une somme forfaitaire. A l'inverse, d'autres¹⁰³⁵ envisagent la qualification de *clause pénale*, celle qui prévoit une somme représentant une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus par le débiteur qui n'exécuterait pas ses obligations. La distinction paraît donc claire : faculté contractuelle – payante – de s'évader d'un côté, sanction contractuelle pécuniaire de l'autre¹⁰³⁶. La première est nulle dans le contrat de travail à durée déterminée¹⁰³⁷, comme contraire aux dispositions impératives de l'article L. 1243-1 du Code du travail. La seconde est en principe valable¹⁰³⁸.

458. À dire vrai, les deux qualifications nous paraissent pouvoir être envisagées¹⁰³⁹. Un auteur préconise alors « une analyse au cas par cas des termes employés par les contractants »¹⁰⁴⁰. Seulement, outre que cette distinction peut paraître « bien formaliste »¹⁰⁴¹, est-elle bien utile¹⁰⁴² ? S'agirait-il d'une clause de dédit, elle serait

¹⁰³³ F. BUY, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, PUAM, 2002, préf. J. Mestre, n° 134, p. 96.

¹⁰³⁴ V. P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. soc., 18 mars 1992, précitées ; v. plus nuancé J. MOULY, note sous Cass. soc., 5 juil. 1995, préc.

¹⁰³⁵ F. BUY, *op. cit.*, p. 97, qui distingue suivant le libellé de la clause ; J.-P. KARAQUILLO, note sous CA Rouen, 21 fév. 1991, *D.* 1991, jur., p. 614.

¹⁰³⁶ V. F. BUY, *op. cit.*, *loc. cit.* V. surtout pour une analyse approfondie de la distinction D. MAZEAUD, *op. cit.*, sp. n° 310 et s. et n° 637 et s.

¹⁰³⁷ F. BUY, *op. cit.*, p. 96. *Contra*, nous semble-t-il implicitement, P.-Y. GAUTIER, obs. précitées.

¹⁰³⁸ F. BUY, *op. cit.*, p. 97 ; J. MOULY, note sous Cass. soc., 5 juil. 1995, préc. V. pour une étude spécifique de cette notion en droit du travail D. MAZEAUD, *Les clauses pénales en droit du travail*, *Dr. soc.* 1994, p. 343 et s.

¹⁰³⁹ Sans traiter des conséquences de la qualification, et en ne considérant que l'intention des parties, celles-ci ont pu vouloir sanctionner contractuellement le non-respect du terme ou créer un droit de sortie anticipée payant. *Contra* : J. MOULY, note sous Cass. soc., 5 juil. 1995, préc., n° 22.

¹⁰⁴⁰ F. BUY, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁴¹ P. JESTAZ, *art. cit.*, p. 316. Il s'agit encore de rechercher, à travers leurs stipulations, l'intention des parties. Pour se convaincre des difficultés engendrées par cette recherche, on peut déjà relever les différentes interprétations que fait la doctrine de l'emploi par les parties du mot « rachat » : certains voient à travers l'insistance sur ce terme de la Cour de cassation – v. Cass. soc., 18 mars 1992, préc. – une orientation dans le sens d'une reconnaissance de la spécificité de la clause libératoire au regard de la prohibition du Code du travail, qui différerait alors du dédit, prohibé (v. J.-P. KARAQUILLO, *La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture ou en requalification*, *art. cit.*, p. 346 ; P. ALAPHILIPPE, comm. sous Cass. soc., 16 déc. 1998, préc., pp. 32-33) ; d'autres, à l'inverse, relèvent

nulle comme prévoyant une sortie anticipée de la relation pour une raison autre que celles prévues à l'article L. 1243-4 du Code du travail. À la qualifier de clause pénale¹⁰⁴³ stipulée au profit du salarié, la somme prévue ne devrait pas être inférieure au minimum légal impératif, soit au montant des salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'au terme. Resterait alors l'hypothèse de la clause pénale stipulée au bénéfice de l'employeur¹⁰⁴⁴, dont le montant ne pourra être excessif ou dérisoire au risque de le voir corrigé par le juge sur le fondement de l'article 1152 du Code civil¹⁰⁴⁵.

459. En définitive, on voit bien que la sortie anticipée ne pourra être contractuellement prévue¹⁰⁴⁶. Tout au plus, et à condition de souscrire à l'assimilation, les parties pourront prévoir une sanction contractuelle, laquelle ne devra alors pas cacher, en fait, une faculté d'évasion qui contreviendrait au régime légal impératif de la rupture du contrat de travail à durée déterminée.

B. La prise en compte d'un certain (dés)équilibre ou la réglementation indirecte de la sortie : la prohibition de la clause de sortie abusive

460. Il est encore question, à travers la législation consumériste, de contrôler d'une certaine manière l'équilibre des intérêts en présence. À l'instar de la réglementation directe ci-dessus envisagée pour le contrat de travail, il est apparu nécessaire de protéger un contractant particulier, le consommateur, dont les relations contractuelles avec les professionnels avaient du mal à intégrer la conception classique du contrat, celle ayant guidée les rédacteurs du Code civil. Le déséquilibre de fait – un professionnel, en principe aguerri et détenteur de l'information, face à un particulier¹⁰⁴⁷, en principe profane et moins informé – se répercute facilement dans toutes les phases de la relation : négociation

l'utilisation du mot « rachat » à l'appui de la qualification de clause de dédit (v. P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. soc., 18 mars 1992, préc., p. 592 ; F. BUY, *op. cit.*, *loc. cit.*).

¹⁰⁴² V. D. JACOTOT, *Les différents modes de rupture du contrat de travail*, art. cit., pp. 214-215 ; F. BUY, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁴³ Et cela ne saura pas chose facile au regard de l'interprétation jurisprudentielle de la stipulation d'une indemnité de sortie : *cf. infra*.

¹⁰⁴⁴ Lequel est indemnisé, suivant l'article L. 1243-3 du Code du travail, dans les conditions de droit commun.

¹⁰⁴⁵ F. BUY, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁴⁶ V. entre autres, doutant de l'avenir de ces dispositions, F. BUY, *op. cit.*, *loc. cit.* ; D. JACOTOT, art. cit., *loc. cit.* Nous réserverons tout de même l'hypothèse d'une clause stipulée en faveur du salarié.

¹⁰⁴⁷ Ce peut également être un professionnel qui conclut avec un autre un contrat n'ayant pas de « rapport direct » avec son activité professionnelle. Nous n'aborderons pas cette question ni celle de la définition à donner du consommateur, dans la mesure où le problème dépasse largement le cadre de notre étude. V. par ex. pour une présentation J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 2 et s., p. 3 et s. et n° 178 et s., p. 213 et s.

sinon inexistante, à tout le moins fortement réduite, conduisant bien souvent à un contenu contractuel déséquilibré, lequel contenu entraîne lui-même parfois une exécution, voire une sortie, bancaire, tournant à l'avantage du professionnel. Dans ce cadre contractuel, l'intérêt du consommateur à l'exécution de la convention n'est guère pris en compte : les éventuelles facultés de sortie en faveur du professionnel peuvent faire fi de l'intérêt du cocontractant, de même qu'il peut ne pas être prévu de disposition analogue au bénéfice du consommateur, dont l'intérêt est tout autant susceptible de s'altérer en cours d'exécution. D'ailleurs, ces considérations ne s'arrêtent pas à la relation consommateur-professionnel mais concernent bien toute relation déséquilibrée.

461. C'est ce qu'a probablement eu à l'esprit le législateur lorsqu'il a ajouté à l'article L. 442-6, I du Code de commerce la sanction du déséquilibre significatif au sein d'un contrat conclu entre professionnels : « *engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers [...] de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »¹⁰⁴⁸. Nous ne nous attarderons point sur cette notion, en pleine construction si l'on peut dire, et nous contenterons de deux précisions : d'une part, il ressort des décisions disponibles à ce sujet que les magistrats ont pris soin de relever, afin de caractériser l'existence du déséquilibre significatif, l'absence de négociation sur les stipulations mises en cause ainsi que l'absence de réciprocité dans les facultés ainsi accordées¹⁰⁴⁹, critère « emprunté » au droit de la consommation ; d'autre part, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité du texte déféré au principe de légalité des délits et des peines. Le Conseil a alors décidé de la conformité de ce texte puisque la loi contient la notion de « *déséquilibre significatif* », présente à l'article L. 132-1 du Code de la consommation et « *dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence* », et que le juge peut également demander l'aide de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC)¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁸ Article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, introduit par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite « LME ».

¹⁰⁴⁹ V. T. com. Lille, 6 janv. 2010, *D.* 2010, p. 1000, note J. SENECHAL ; T. com. Lille, 7 sept. 2011, *JCP éd. E.* 2011, 1701, note G. CHANTEPIE.

¹⁰⁵⁰ Cons. const., 13 janv. 2011, déc. n° 2010-85 QPC, *D.* 2011, p. 392, chr. M. CHAGNY ; *ibid.*, p. 415, note Y. PICOD ; *JCP éd. E.* 2011, 1136, note D. MAINGUY ; *RDC* 2011, p. 538, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES.

C'est dire le rapprochement, critiqué par la doctrine¹⁰⁵¹, opéré avec le droit de la consommation.

462. C'est encore ce qui a dû motiver les rédacteurs du tout récent projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures¹⁰⁵², lorsqu'ils envisagent en son article 3, 2° de « consacrer la notion de clause abusive » dans le livre III du Code civil. Selon l'exposés des motifs, « le Code civil comprendra un article visant à consacrer, en droit commun, la notion de clause abusive ».

463. Quoi qu'il en soit, et pour ce qui concerne le consommateur, si l'on peut parler de réglementation *indirecte* des clauses de sortie¹⁰⁵³ puisque cette protection a vocation à jouer à l'égard de toute clause du contrat de consommation, nous allons voir que les clauses de sortie, en raison de leur effet, se retrouve régulièrement sur le devant de la scène, pointées du doigt (1.). La potestativité *lato sensu* des clauses qui nous occupent peut en effet venir à l'encontre de l'équilibre contractuel tel qu'envisagé par le législateur pour la relation de consommation¹⁰⁵⁴; ou plutôt cette potestativité peut-elle venir créer, précisément, un *déséquilibre significatif*, critère principal de l'abus non admissible qui devra alors être sanctionné (2.), ce qui ne vas pas sans poser de problème pour certaines conventions (3.).

1. La constante méfiance à l'égard des clauses de sortie dans les contrats de consommation

464. L'alinéa premier de l'article L. 132-1 du Code de la consommation définit les clauses abusives comme celles « qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droit et

¹⁰⁵¹ V. par ex. D. MAINGUY, note précitée ; M. BEHAR-TOUCHAIS, obs. précitées.

¹⁰⁵² Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; *D.* 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE. L'article 3, 2° prévoit ainsi notamment de « consacrer la notion de clause abusive » et son point 5° de « clarifier les dispositions relatives à l'interprétation du contrat et spécifier celles qui sont propres aux contrats d'adhésion »

¹⁰⁵³ Nous laisserons pour l'instant de côté l'étude des clauses dont le caractère éventuellement abusif résiderait dans les conditions de la mise en œuvre de la sortie – existence et durée du préavis, notification, date d'effet... –, sauf lorsque cela peut avoir une influence sur l'existence de la faculté de sortie elle-même, comme la prévision d'une indemnité de sortie conduisant en définitive le consommateur à exécuter la convention, son obligation de payer le prix, annihilant en fait tout droit de sortie.

¹⁰⁵⁴ V. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, n° 746 et s., p. 419 et s., qui traite de cette « potestativité abusive ».

les obligations des parties au contrat ». Cette définition est accompagnée, depuis le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009¹⁰⁵⁵ de deux listes intégrées aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du même code. La première recense les clauses présumées irréfragablement abusives et la seconde celles présumées simplement abusives.

465. Au titre de la première de ces dispositions, est présumée irréfragablement abusive la clause ayant pour effet ou pour objet de « *reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non professionnel ou au consommateur* »¹⁰⁵⁶. L'article R. 132-2 prévoit quant à lui qu'est présumée simplement abusive la clause ayant pour effet ou pour objet de « *reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable* »¹⁰⁵⁷ ou de « *soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel* »¹⁰⁵⁸ ; étant précisé dans cet article qu'en cas de contentieux il revient désormais au professionnel de prouver l'absence de caractère abusif¹⁰⁵⁹. La Commission des clauses abusives émet quant à elle des recommandations stigmatisant parfois les clauses de sortie¹⁰⁶⁰ ; pour certains contrats, enfin, le Code de la consommation prévoit un régime de sortie dont les parties ne peuvent s'écarter par le jeu d'une clause au détriment du consommateur.

466. En dehors des dispositions légales ou des recommandations de la Commission des clauses abusives, le rôle essentiel dans la détermination de l'abus reste dévolu au juge, qui demeure « l'éradicateur » principal des clauses abusives. Pour cela, il peut

¹⁰⁵⁵ Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, *J.O.* du 20 mars 2009, p. 5030, annoncé par l'article 86 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, *J.O.* du 5 août 2008, p. 12471 : v. par ex. G. PAISANT, *Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives. Décret du 18 mars 2009*, *JCP éd G* 2009, I, 116; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises »*. À propos du décret du 18 mars 2009, *JCP éd. G* 2009, act., 168.

¹⁰⁵⁶ Article R. 132-1, 8°, du Code de la consommation. Au demeurant, cette clause était déjà stigmatisée puisqu'elle faisait partie de la liste non exhaustive des clauses pouvant être abusives annexée à l'article L. 132-1 dans son ancienne version (point *f*). De plus, une exception est prévue en matière de contrats de fourniture de services financiers par l'article R. 132-2-1 du même code

¹⁰⁵⁷ Article R. 132-2, 4°, du Code de la consommation. Une exception est encore prévue, toujours en matière de contrats de fourniture de services financiers, par l'article R. 132-2-1 du même code.

¹⁰⁵⁸ *Idem*, point 8°.

¹⁰⁵⁹ Les autorités insistent d'ailleurs particulièrement sur ce point puisque ce renversement de la charge probatoire est déjà annoncé à l'article L. 132-1, alinéa 2, du Code de la consommation.

¹⁰⁶⁰ V. ainsi la recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'internet, (*BOCCRF* du 31 janvier 2003) –considérants n° 17, 18, 19, 23, 27...–, ou encore la recommandation n° 02-02 relative aux formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples (*BOCCRF* du 30 mai 2001) –considérants n° 23, 27, 29... .

d'ailleurs désormais relever d'office le caractère abusif d'une clause¹⁰⁶¹ ; et dans cette détermination de l'abus, il utilisera en principe, comme nous allons le voir, le critère du *déséquilibre significatif*.

2. La clause abusive de sortie¹⁰⁶²

467. Lorsque le caractère abusif d'une clause de sortie contenue dans un contrat de consommation est révélé (a), il convient évidemment de le sanctionner (b).

a. La caractérisation de l'abus

468. Le Code de la consommation, comme il a déjà été dit, définit la clause abusive comme celle créant un « *déséquilibre significatif* » dans la relation contractuelle au détriment du consommateur¹⁰⁶³. Le législateur poursuit en nous indiquant que ce caractère abusif « *s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat* ». Il faut également tenir compte des dispositions contenues dans un éventuel autre contrat, si la conclusion ou l'exécution de ces deux conventions dépendent l'une de l'autre¹⁰⁶⁴.

469. La jurisprudence ne manque pas d'exemple de clauses concernant la sortie de la relation ayant été jugées abusives. Sous l'ancienne réglementation, de manière générale, l'abus était caractérisé lorsque la clause litigieuse correspondait à l'une de celles prévues par la liste qui était annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le juge s'inspirant donc largement du travail de la Commission des clauses abusives dont la

¹⁰⁶¹ V. l'article L. 141-4 du Code de la consommation introduit par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, article 34, *JO* du 4 janv. 2008, p. 263. Cette loi vient régler la question de la possibilité pour le juge de se saisir d'office en cas de violation de la législation consumériste qui faisait débat depuis quelques années déjà –voir l'opposition entre la jurisprudence de la Cour de cassation refusant au juge ce pouvoir (par ex. Cass. 1^{ère} civ., 10 juil. 2002, *D.* 2003, p. 549, note O. GOUT) et celle de la Cour de justice des communautés européennes qui admet le pouvoir du juge national d'appliquer d'office des dispositions européennes (v. par ex. CJCE, 4 oct. 2007, *R. c/ Franfinance*, aff. C-429/05, *Contr., conc., consom.* 2007, comm. 310, G. RAYMOND).

¹⁰⁶² V. not. à ce sujet, P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 400 et s., p. 328 et s. V. encore récemment X. LAGARDE, *Qu'est-ce qu'une clause abusive ?*, *JCP éd. G* 2006, I, n° 110 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus*, *Contr., Conc., consom.* 2008, n° 6, étude 7.

¹⁰⁶³ V. l'article L. 132-1, alinéa 1^{er}. Ce critère s'est substitué, suite à la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 – transposant la directive communautaire du 5 avril 1993, à celui de l'exigence d'un abus de puissance économique et de l'avantage excessif qui en résulte pour la qualification de clause abusive.

¹⁰⁶⁴ Article L. 132-1, alinéa 5. L'article précise encore que l'appréciation ne peut porter sur la définition de l'objet du contrat ou sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Etant donné l'objet des clauses de sortie, ces prescriptions ne limitent pas l'appréciation du juge.

recommandation de synthèse publiée en 1991 se retrouvait en grande partie dans ladite liste. Les deux nouvelles listes instituées par le décret précité du 18 mars 2009 reprennent d'ailleurs en grande partie les clauses qui étaient déjà pointées du doigt. L'analyse en la matière, souffrant de l'indétermination inhérente à la notion de clause abusive, « *se fait plus objective* »¹⁰⁶⁵.

470. Certaines clauses sont ainsi abusives en ce qu'elles réservent la sortie, discrétionnaire ou pour manquement contractuel, au seul bénéfice du professionnel, l'absence de réciprocité étant ici sanctionnée comme le commande désormais l'article R. 132-1 du Code de la consommation¹⁰⁶⁶ ou encore la recommandation n° 03-01 de la Commission relative aux contrats d'accès à l'internet¹⁰⁶⁷. D'autres dispositions contractuelles¹⁰⁶⁸ seront jugées abusives parce qu'elles empêchent pendant une certaine période la sortie du consommateur pour motifs légitimes – perte d'emploi, mutation, maladie... *etc.* –¹⁰⁶⁹. Ces décisions peuvent alors faire douter de la portée d'une stipulation d'une durée minimale d'engagement dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée. Comme le relève Monsieur le Professeur Stoffel-Munck, commentant une décision ayant jugé abusive une clause prévoyant une possibilité de sortie anticipée du consommateur au cours de cette période minimale pour des motifs légitimes définis par le professionnel, fournisseur d'accès à l'Internet¹⁰⁷⁰, il y a une certaine hypocrisie à admettre, d'un côté, le bien-fondé de cette pratique commerciale consistant à imposer une durée initiale, tout en la limitant, d'un autre côté, en taxant d'abusives la clause qui

¹⁰⁶⁵ P. LOKIEC, *Clauses abusives et crédit à la consommation, RD bancaire et fin.* 2004, p. 221 et s., n° 6, p. 223.

¹⁰⁶⁶ V. par exemple, relevant un manque de réciprocité, CA Grenoble, 18 Août 1999, *JurisData* n° 1999-104917 ; CA Nîmes, 20 juin 2002, *JurisData* n° 2002-196918 ; TGI Paris, 5 avr. 2005, *JurisData* n° 2005-266903 ; *Comm. com. électr.* 2005, comm. n° 104, P. STOFFEL-MUNCK ; *Contr., conc., consom.* 2005, comm. 140, G. RAYMOND ; CA Pau, 5 oct. 2006, *JurisData* n° 2006-324661 ; CA Aix-en-Provence, 25 juin 2008, *JurisData* n° 2008-367742.

¹⁰⁶⁷ V. le *BOCCRF* du 31 janvier 2003, précité, et particulièrement le considérant n° 17.

¹⁰⁶⁸ Il est à relever que bien souvent les clauses en question prêtent le flanc à la critique pour plusieurs raisons qui s'entremêlent volontiers.

¹⁰⁶⁹ V. notamment CA Rennes, 26 sept. 2002, *JurisData* n° 2002-191565 –décision s'appuyant sur la recommandation n° 87-03 de la Commission des clauses abusives du 26 juin 1987, II– (contrat de fourniture d'accès à l'Internet), confirmant TGI Quimper, 24 avr. 2001, *JurisData* n° 2001-143151 ; CA Versailles, 4 févr. 2004, *JurisData* n° 2004-232683 (contrat de fourniture d'accès à l'Internet) ; *D.* 2004, p. 635, note V. AVENA-ROBARDET ; *Comm. com. électr.* 2004, n° 5, comm. n° 57, P. STOFFEL-MUNCK ; CA Reims, 7 mai 2007, (contrat de location de matériel de télésurveillance) *JurisData* n° 2007-337511 ; CA Aix-en-Provence, 25 juin 2008, précité (contrat de location de matériel de télésurveillance). V. encore l'avis n° 07-02 rendu par la Commission des clauses abusives rendu le 21 juin 2007 relatif à un contrat de téléphonie mobile sur la demande d'avis présentée par le juge de proximité de Mirande, *JCP éd. E* 2007, act., 401 : la clause fixant une durée initiale de 24 mois n'est pas abusive s'il est prévu une faculté de sortie du consommateur pour motifs légitimes.

¹⁰⁷⁰ V. les obs. critiques à ce sujet de P. STOFFEL-MUNCK, comm. sous CA Versailles, 4 févr. 2004, précitée.

énumère limitativement les motifs légitimes de sortie ; ce qui, selon la Cour, fait du professionnel le « *juge du caractère légitime du motif invoqué par l'abonné* »¹⁰⁷¹. Il en résulte pour l'auteur un bannissement du contrat à durée déterminée dans la mesure où, bien qu'il s'agisse en ces espèces de la prévision d'une durée initiale minimum dans une relation à durée indéterminée, il serait curieux que les tribunaux décident que doit être respecté le terme du contrat dont on ne peut sortir par anticipation que pour comportement grave du cocontractant¹⁰⁷², alors qu'ils décident déjà qu'est abusive une clause créant un droit de sortie, certes limité, d'une relation pendant la durée initiale. La question mérite d'être posée, puisque comme le relève le commentateur, le consommateur dispose du privilège du préalable : s'il venait à arrêter de payer le professionnel, ce dernier devrait l'assigner, ce qui pourrait laisser le temps au client de trouver un motif dont la légitimité sera appréciée par le juge, appréciation dont la fluidité « *ruine la prévisibilité du succès de l'action* »¹⁰⁷³.

471. Soucieux semble-t-il de l'existence de ce problème, le législateur est intervenu afin de tenter de limiter le contentieux : la loi du 3 janvier 2008¹⁰⁷⁴ encadre la stipulation d'une durée minimale dans le secteur des communications électroniques, un nouvel article L. 121-84-6 du Code de la consommation disposant que les « *fournisseurs de services ne peuvent subordonner la conclusion ou la modification des termes du contrat qui régit la fourniture d'un service de communications électroniques à l'acceptation par le consommateur d'une clause imposant le respect d'une durée minimum d'exécution du contrat de plus de vingt-quatre mois à compter de la date de conclusion du contrat ou de sa modification* » ; il est encore prévu que si la durée initiale prévue dépasse les douze mois, le fournisseur est tenu de proposer simultanément la même offre, avec une durée initiale de moins de douze mois, « *selon des modalités*

¹⁰⁷¹ CA Versailles, 4 févr. 2004, précité.

¹⁰⁷² V. la jurisprudence autorisant la *résiliation unilatérale* pour un tel motif : Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 300, p. 207; *D.* 1999, somm. comm., p. 115, obs P. DELEBECQUE; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN; *JCP éd. G* 1999, II, 10133, note RZEPECKI; *Defrénois* 1999, art. 36953, n° 17, p. 374, obs. D. MAZEAUD; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 506, obs. J. RAYNARD. V. également Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *Bull. civ.*, I, n° 211 ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. AYNES et p. 277, obs. D. MAZEAUD ; *JCP éd. G* 2004, II, 10108, note C. LACHIEZE ; *Defrénois* 2004, art. 37894, n° 24, obs. R. LIBCHABER ; *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 4, obs. L. LEVENEUR. V. en dernier lieu Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2007, n° 06-12426, *inédit*. Cf. *supra*.

¹⁰⁷³ P. STOFFEL-MUNCK, comm. précité.

¹⁰⁷⁴ Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, précitée, art. 17. V. A. DEBET, *Les dispositions du Code de la consommation relatives au droit du commerce et des communications électroniques modifiées par la loi Chatel*, *Comm. com. électr.* 2008, n° 3, comm. n° 40 ; S. JUSTIER et V. JAUNET, *Les impacts de la loi du 3 janvier 2008 sur le secteur des communications électroniques : quand une petite impatience ruine un grand projet*, *Contr., conc., consom.* 2008, n° 4, étude n° 4.

commerciales non disqualifiantes » et de permettre la sortie du consommateur à partir de la fin du douzième mois, en s’acquittant éventuellement d’une indemnité n’excédant pas le quart des sommes restant dues. Si la loi n’est finalement pas intervenue pour réglementer directement les motifs de sortie, question il est vrai « éminemment contractuelle », on peut tout de même espérer une certaine influence sur le contentieux, par une réduction de la moyenne de la durée minimale d’engagement du consommateur, du moins en ce qui concerne ce type de relations¹⁰⁷⁵.

472. Parfois, enfin, une clause sera considérée comme abusive en ce qu’elle attribue au professionnel une faculté de se défaire de la relation pour des causes, tenant souvent à l’inexécution du consommateur, qui ne sont pas précisées clairement dans le contrat¹⁰⁷⁶ : a ainsi été jugée abusive la disposition contractuelle sanctionnant le manquement du consommateur « à l’une quelconque des clauses »¹⁰⁷⁷ ; de même sont abusives les clauses permettant la rupture par le professionnel en cas d’abus du consommateur ou encore de non respect du « code de bonne conduite », en l’absence de définition de l’abus et d’acceptation expresse du code de bonne conduite, non annexé au contrat¹⁰⁷⁸. Ici, la potestativité atteint encore un degré que le consommateur ne doit pas avoir à supporter. La solution n’est au demeurant pas propre au droit de la consommation. Sans avoir à caractériser une stipulation abusive, nous avons déjà vu que l’imprécision de la rédaction d’une clause résolutoire peut influencer sur son efficacité¹⁰⁷⁹, que la qualification de condition potestative ne doit pas être écartée¹⁰⁸⁰ et qu’enfin on ne peut imposer une obligation qui ne serait pas entrée dans le champ contractuel, faute de l’avoir portée à la connaissance du cocontractant lors de la formation du contrat¹⁰⁸¹. À l’opposé, lorsque le contrat prévoit qu’« *il peut être mis fin à l’abonnement, de plein droit, sans préavis ni mise en demeure préalable, en cas de manquement grave de l’une des parties aux obligations essentielles découlant des documents contractuels* », et contient à la suite une

¹⁰⁷⁵ *Quid*, par exemple, des contrats portant sur la location de matériel de télésurveillance conclus généralement avec une longue durée initiale ?

¹⁰⁷⁶ V. P. GROSSER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, *JCP éd. G* 2008, I, n° 104, n° 12 et s., qui distingue la « généralité-imprécision » et la « généralité-disproportion ».

¹⁰⁷⁷ V. TGI Nanterre, 9 févr. 2006, *JurisData* n° 2006-304649 ; *Comm. com. électr.* 2006, n° 9, comm. n° 126, P. STOFFEL-MUNCK : « *la clause qui autorisait la société [...] à résilier de manière très imprécise pour tout manquement du consommateur fut-il bénin ou exclusif d’une faute présentait un caractère abusif en ce qu’elle créait un déséquilibre excessif au préjudice du consommateur* ». V. déjà les recommandations n° 91-04, II-6°, *in fine* (BOCCRF du 6 septembre 1991) et n° 96-02, 41° (BOCCRF du 3 sept. 1996).

¹⁰⁷⁸ V. TGI Paris, 21 févr. 2006, *JurisData* n° 2006-295356.

¹⁰⁷⁹ *Cf. supra.*

¹⁰⁸⁰ *Cf. supra.*

¹⁰⁸¹ *Cf. supra.*

liste indicative de tels manquements du consommateur, il n'y a pas de déséquilibre significatif¹⁰⁸² ; ici se trouve écarté le risque d'arbitraire puisque sont visées les « obligations essentielles », le professionnel éclairant de plus le consommateur – et le juge éventuellement – sur leur contenu.

473. Il a semblé un temps que la jurisprudence voulait aller plus loin dans l'exigence de précision des motifs libératoires et, partant, dans l'exigence de clauses équilibrées. Cet équilibre contractuel après lequel « courent » le législateur et le juge en la matière, et justifiant notamment une certaine réciprocité des clauses de sortie, a failli céder la place à une nouvelle « espèce » de déséquilibre, cette fois-ci organisé en faveur du consommateur. La Cour d'appel de Versailles, en effet, dans un arrêt remarqué du 15 septembre 2005¹⁰⁸³, est venue sanctionner un fournisseur d'accès à l'Internet, en confirmant la décision des premiers magistrats ayant jugé qu'était abusive la clause de résiliation discrétionnaire au bénéfice du professionnel, alors même qu'avait été stipulée une faculté réciproque en faveur du consommateur et alors même, surtout, qu'il s'agissait d'une relation contractuelle à durée indéterminée ; convention résiliable, selon le droit commun, discrétionnairement sous réserve d'un abus dans la mise en œuvre de la sortie. Mais la Cour s'écarte du principe pour apprécier la clause au regard « *des dispositions particulières du droit de la consommation qui imposent de veiller à la protection du consommateur* » et estime alors que l'absence de motifs précis, la généralité de la clause, issue elle-même de la généralité du principe qu'elle ne fait en définitive que rappeler, rend la stipulation abusive puisqu'elle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur se retrouvant dans une situation de « précarité ». Clairement, cela laissait à penser que la réciprocité ne suffisait plus, alors que l'on a du mal à percevoir le déséquilibre significatif en l'espèce. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de relever le coup ainsi porté à la liberté contractuelle, prise dans son aspect négatif¹⁰⁸⁴.

474. L'affaire fut portée devant la Cour de cassation, laquelle, opérant son contrôle sur la détermination du caractère abusif par les juges du fond, censura sur ce point la Cour d'appel dans un arrêt du 8 novembre 2007¹⁰⁸⁵ : « *en se déterminant ainsi, alors que la*

¹⁰⁸² Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, *Comm., com. électr.* 2008, n° 1, comm. n° 7, obs. A. DEBET ; *JCP éd. G* 2008, I, n° 104, n° 12 et s., note P. GROSSER ; *JCP éd. E* 2007, pan., n° 2547 ; *RTD civ.* 2008, p. 103, obs. B. FAGES ; *RLD civ.* 2008, n° 45, p. 23, comm. n° 2812, C. KLEITZ-BACHELET.

¹⁰⁸³ CA Versailles, 15 sept. 2005, *JurisData* n° 2005-283144 ; *JCP éd. G* 2006, II, n° 10029, note B. FAGES ; *Comm. com. électr.* 2005, n° 11, comm. n° 171, P. STOFFEL-MUNCK.

¹⁰⁸⁴ V. B. FAGES et P. STOFFEL-MUNCK, notes précitées sous CA Versailles, 15 sept. 2005.

¹⁰⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, précité.

clause litigieuse conférait à chacune des parties le même droit de mettre fin au contrat, dans les mêmes conditions, la cour d'appel a violé » l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; c'est dire que pour la Haute juridiction il n'y avait pas de déséquilibre significatif, en raison de la réciprocité de la faculté contractuelle. À l'instar de la doctrine¹⁰⁸⁶, nous saluerons cette position : la « *protection du consommateur ne va pas jusqu'à obliger les professionnels à proposer des contrats déséquilibrés en faveur des consommateurs* »¹⁰⁸⁷.

475. L'arrêt critiqué avait statué en contemplation d'une curieuse primauté de l'objectif légal consumériste sur une faculté découlant pourtant d'une liberté fondamentale¹⁰⁸⁸. L'existence d'une possibilité de sortir d'une convention à durée indéterminée, pour ne plus être lié contractuellement, ne saurait être remise en cause au nom de la protection du consommateur¹⁰⁸⁹. Il n'y a point d'abus, ici entendu comme une « *limite à la liberté contractuelle* »¹⁰⁹⁰, à garantir justement la liberté contractuelle ; il ne s'agit pas de traiter de la validité de l'exercice de la liberté contractuelle, mais bien de l'existence même de cette liberté. Peut-être pouvons-nous regretter que les tribunaux se limitent à la constatation de la réciprocité de la prérogative ; non point parce que cela n'aurait pas permis, en l'espèce¹⁰⁹¹, de déceler un abus – qui n'existait pas –, mais parce que, de manière générale et comme il a déjà été remarqué, « *accorder la réciprocité n'est pas nécessairement gage d'un équilibre véritable du contrat* »¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁶ V. les commentaires, notes et observations sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, précité.

¹⁰⁸⁷ A. DEBET, comm. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, précité.

¹⁰⁸⁸ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, *Loi relative au Pacs*, Rec. Cons. const. 1999, p. 116 ; *RTD civ.* 2000, p. 109, obs. J. MESTRE : « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ». V. ég. CA Aix-en-Provence, 7 févr. 1992, *JurisData* n° 1992-040558.

¹⁰⁸⁹ Une fois dépassée, par contre, la question de l'abus dans l'existence de la faculté, les conditions contractuelles de sa mise en œuvre doivent être appréciées à la lumière de l'objectif de protection et sont alors susceptibles de créer un « déséquilibre significatif ».

¹⁰⁹⁰ L'expression est reprise de l'intitulé de la seconde partie de la thèse de P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit.

¹⁰⁹¹ Était-il au demeurant nécessaire de constater ici la réciprocité dans la mesure où il ne s'agit, en définitive, que d'un rappel contractuel d'un principe général du droit des contrats à durée indéterminée ? V. d'ailleurs CA Paris, 3 avr. 2008, *JurisData* n° 2008-365293, confirmant les premiers magistrats ayant jugé non abusive une disposition d'un contrat à durée indéterminée prévoyant une faculté de résiliation discrétionnaire au profit du consommateur et une possibilité de sortie au bénéfice du professionnel moyennant l'observation d'un préavis de trente jours, sauf « *comportement fautif* » – ancienne version de la clause – ou « *comportement gravement répréhensible* » du client – nouvelle rédaction de la clause – : « *les deux clauses, en se référant au principe général du droit des contrats, ne sont pas abusives* ».

¹⁰⁹² P. STOFFEL-MUNCK, op. cit., n° 433, p. 348 ; v. également en ce sens C. ATIAS, *Clauses abusives des contrats proposés par les syndicats de copropriété*, *RD immo.* 1996, p. 167.

476. Il est vrai que la réciprocité des prérogatives contractuelles porte en elle la notion d'équilibre. Seulement, il nous semble que cet équilibre ne correspond pas forcément à celui recherché en droit de la consommation, quête conduisant plus précisément à éradiquer le « *déséquilibre significatif* ». Si l'absence de réciprocité peut être un sérieux indice de déséquilibre, la réciprocité n'est pas forcément un gage d'équilibre. Autrement dit, le déséquilibre de fait entre professionnel et consommateur ne saurait être, sinon totalement compensé, à tout le moins atténué de manière certaine et acceptable par la réciprocité : l'équilibre des prérogatives n'implique nullement celui de l'intérêt de s'en servir ou plus exactement celui des inconvénients liés à leur mise en œuvre. Il y a une certaine abstraction dans l'idée de mettre de la sorte en parallèle les facultés de sortie¹⁰⁹³. Il n'est pas certain qu'une clause de sortie ne soit pas abusive parce qu'elle est réciproque. Le consommateur a souvent plus à perdre que le professionnel à rompre la relation ; il devra, s'il veut par exemple sortir du contrat le liant à un fournisseur d'accès à l'Internet, se passer d'une source d'information, d'un moyen de communication, d'une façon de se divertir... en somme d'un outil que la société a rendu incontournable. Si le professionnel, certes, n'entend sûrement pas perdre un client, il nous semble que l'impact psychologique sur le client de la prévision d'une rupture et de ses conséquences, même à très court terme, est plus important. On doit relever que la clause n'institue alors pas vraiment le « *déséquilibre significatif* » dont il est question, elle permet seulement au déséquilibre de fait de dérouler ses effets jusque dans la rupture de la relation de consommation. Peut-être dépassons-nous ici le problème de la clause abusive, pour finalement venir buter sur les limites à donner à l'objectif de la législation consumériste. En tous les cas, on peut légitimement se questionner sur l'efficacité du critère tenant au déséquilibre.

477. Ce n'est pas dire, en définitive, que la réciprocité n'est pas nécessaire, c'est seulement avancer qu'elle n'est pas forcément suffisante¹⁰⁹⁴. Comme il a été dit, la réciprocité est « *hâtivement assimilée à l'idée de justice* »¹⁰⁹⁵. Sans aller jusqu'à imposer, par exemple, que le fournisseur ne puisse pas sortir de la relation sans terme tout en permettant au consommateur de le faire, ce qui constituerait un déséquilibre significatif inverse non tolérable, l'équilibre devrait être apprécié au regard de la convention de

¹⁰⁹³ C. ATIAS, *Clauses abusives des contrats proposés par les syndicats de copropriété*, art. cit., spéc. n° 5.

¹⁰⁹⁴ V. en dernier lieu A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. dr. priv. T. 475, LGDJ, 2008, préf. T. Revet, spéc. n° 661 et s., p. 493 et s.

¹⁰⁹⁵ P. JESTAZ, *Rapport de synthèse*, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 87, spéc. p. 95.

consommation en son entier – et donc de l'intérêt du consommateur – et non seulement, au regard de l'octroi contractuel de facultés, de manière purement mécanique. Nous déplorons donc que l'article R. 132-1 du Code de la consommation, en son point 8°, permette de conclure que n'est pas irréfragablement abusive une clause de sortie discrétionnaire si la faculté est reconnue de manière réciproque par le contrat. Toutefois, il ne nous semble pas qu'il faille en conclure pour autant que la clause ne peut pas être abusive : un consommateur pourrait ainsi toujours arguer de son caractère abusif et tenter de prouver le déséquilibre significatif introduit par la stipulation ; à n'en pas douter, il ne sera pas aidé dans cette entreprise par le contenu de l'article R. 132-1.

478. Quoi qu'il en soit, le problème est bien plus profond concernant cette disposition légale. Compte tenu de notre position au regard du seul droit commun des obligations, nous ne pouvons admettre ce paradoxe : alors qu'une clause permettant à un contractant de sortir d'une relation à durée déterminée à tout moment, pour toute raison, doit être sanctionnée en ce qu'elle correspond à une absence d'engagement véritable sur la durée, voici qu'elle pourrait être considérée comme valable dans un contrat de consommation lorsqu'elle est réciproque ? Est-ce donc à dire que la réciprocité est à même, non seulement d'entamer le risque d'abus, mais également d'écarter la potestativité intolérable ? Nous ne le pensons pas. Et c'est alors l'objectif de protection du consommateur qui vole en éclats, car celui-ci se trouverait bien mieux protégé par le droit commun, tel que nous le concevons certes, que par le droit spécialement élaboré pour lui.

479. Il nous semble donc indispensable de modifier le point 8° de l'article R. 132-1 du Code de la consommation, en supprimant toute référence à l'existence d'une réciprocité – faussement – salvatrice. Ainsi, la clause qui autoriserait la sortie discrétionnaire du professionnel avant le terme prévu pour le contrat doit être sanctionnée, tant au titre du droit commun qu'en vertu des dispositions protectrices du Code de la consommation¹⁰⁹⁶. Et c'est cette sanction que nous allons à présent aborder.

¹⁰⁹⁶ L'éventuel doublon que cela créerait dans la sanction d'une telle stipulation ne nous semble pas gênant dans la mesure où l'application du droit commun comme celle du droit de la consommation doit conduire à réputer la clause non écrite (*cf. supra*). Toutefois, il sera naturellement plus aisé pour le consommateur d'éradiquer la clause en question sur le fondement des articles L. 132-1 et R. 132-1, remanié, du Code de la consommation, dans la mesure où il n'aura pas à prouver le caractère abusif de la stipulation, alors qu'il devra le cas échéant rapporter la preuve du caractère potestatif de la condition.

b. La sanction de la clause de sortie abusive

480. La sanction des clauses de sortie créant un déséquilibre significatif n'a rien de spécifique au regard de celle des clauses abusives en général. Nous rappellerons donc simplement que la reconnaissance et la sanction du caractère abusif d'une clause peuvent être demandées par le consommateur contractant, par une association de consommateurs¹⁰⁹⁷ ou encore par l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation¹⁰⁹⁸.

481. Classiquement, le demandeur particulier pourra obtenir la mise à l'écart de la clause de sortie : elle sera réputée non écrite¹⁰⁹⁹ à son égard, ceci afin de préserver la relation contractuelle par ailleurs : la nullité du contrat risque en effet de préjudicier davantage au consommateur que le caractère abusif d'une disposition contractuelle¹¹⁰⁰. Le cocontractant professionnel ne disposera donc plus du droit de sortie que prévoyait la disposition contractuelle litigieuse. Il devra alors s'adresser au juge si cela relève de l'inexécution, ou continuer d'exécuter si l'événement n'est pas de ceux que le juge peut prendre en compte. La clause ne sera pas pour autant, en général, « retirée » par le professionnel, lequel continuera à proposer des contrats la contenant. La mise à l'écart ne concernant que le consommateur ayant vu sa demande satisfaite, le professionnel bénéficiera toujours de l'effet – faussement – comminatoire à l'égard des autres contractants. C'est pour cela que l'action d'une association de consommateurs, ou de l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation, peut aboutir, au contraire, au retrait de la clause à l'égard de tous les consommateurs. L'article L. 421-6 du Code de la consommation autorise en effet une telle association à agir préventivement en cessation de l'illicite. Le magistrat, s'il accueille favorablement la demande de l'association, peut alors ordonner la suppression de la clause abusive « *dans tout contrat ou type de contrat*

¹⁰⁹⁷ Article L. 421-6 du Code de la consommation.

¹⁰⁹⁸ Article L. 141-1. La règle a été introduite par l'ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005, sur laquelle v. B. CHEYNEL, *RLC* 2005, n° 5, p. 63.

¹⁰⁹⁹ Article L. 132-1, alinéa 6, du Code de la consommation.

¹¹⁰⁰ Avec cette réserve prévue par l'alinéa 8 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation : le contrat en son ensemble pourra être annulé s'il est vidé, en définitive, de son contenu ; c'est-à-dire s'il ne présente plus d'intérêt du fait de l'éradication d'un nombre trop important de clauses abusives par le juge. V. par ex. pour une application récente, CA Aix-en-Provence, 25 juin 2008, *JurisData* n° 2008-367742.

proposé ou destiné au consommateur »¹¹⁰¹, si toutefois cette disposition n'a pas été retirée par le professionnel avant l'instance¹¹⁰².

3. Le crédit à la consommation et les clauses de sortie abusives

482. Bien que la théorie de la clause abusive trouve à s'appliquer pour tous les contrats de consommation¹¹⁰³, il nous semble nécessaire d'aborder plus en détail le problème des clauses de sortie insérées dans un contrat de crédit à la consommation car la loi consumériste a prévu, pour cette relation contractuelle, un régime de sortie particulier. Ce dispositif légal, contenu aux articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation, a été sensiblement réformé par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010¹¹⁰⁴ ayant transposé la directive du 23 mars 2008¹¹⁰⁵. L'entrée en vigueur de cette loi est complexe¹¹⁰⁶, mais il est prévu que la totalité de ses dispositions est applicable à compter du 1^{er} mai 2011. Plus précisément, concernant la sortie du contrat de crédit à la consommation, cette loi est celle des contrats dont l'offre a été présentée postérieurement à cette date.

483. Le contrat de crédit à la consommation est défini, de manière large, comme le « *contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture* »¹¹⁰⁷. Il s'agit, encore, d'une

¹¹⁰¹ V. ég. l'article L. 141-1, VI, du Code de la consommation, concernant la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

¹¹⁰² V. par exemple Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} févr. 2005, *Bull. civ.*, I, n° 61, *JCP éd. G* 2005, II, 10057, note G. PAISANT ; *Ibid.*, I, 141, n° 15 et s., obs. J. ROCHFELD ; *D.* 2005, AJ, p. 487, obs. C. RONDEY ; *RTD civ.* 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2005, p. 733, obs. D. FENOUILLET. Et la Cour de préciser le même jour qu'en ce cas l'association ne peut, sur ce fondement, poursuivre l'annulation des clauses de contrats individuels déjà conclu : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, *Bull. civ.*, I, n° 62 ; *D. eod. loc.* ; *JCP éd. G, eod. loc.*

¹¹⁰³ C'est-à-dire les contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. V. à ce sujet J. CALAIS-AULOY, H TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n° 3 et s., p. 4 et s.

¹¹⁰⁴ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, *JO* 2 juil. 2010, p. 12001 ; G. RAYMOND, *Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. Commentaire, Contr., conc., consom.* 2010, étude 11.

¹¹⁰⁵ Dir. n° 2008/48/CE, 23 avr. 2008, *JOUE* du 22 mai 2008, L. 133, p. 66 ; v. not. J.-P. MATTOU et A. PRÜM, *Dr. et patr.* 2008, n° 173, p. 90 ; G. RAYMOND, *Directive 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation. Premières approches, Contr., conc., consom.* 2008, étude n° 9 ; A. GOURIO, *La Directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs*, *JCP éd. E* 2008, 2047

¹¹⁰⁶ V. l'article 61 de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010.

¹¹⁰⁷ Article L. 311-1 du Code de la consommation dans sa version issue de la loi du 1^{er} juillet 2010.

convention étroitement réglementée dans le but de protéger une partie faible : le consommateur-emprunteur. Afin d'éclairer son consentement, le législateur a institué un étalement dans le temps, ainsi qu'un lourd formalisme, dans la formation du contrat¹¹⁰⁸. Cette particulière attention se prolonge alors jusque dans le contenu obligationnel de la convention, « *archétype du contrat dirigé* »¹¹⁰⁹, puisque sont reproduites, sous forme de clauses, bon nombre de dispositions légales.

484. Avant la loi du 1^{er} juillet 2011, des dispositions de nature réglementaire renvoyaient à des modèles-types d'offres préalables de prêts¹¹¹⁰. Le prêteur devait alors s'y conformer, sans nécessairement proposer une copie servile¹¹¹¹ du modèle, sous peine d'être privé du droit de percevoir les intérêts en vertu de l'ancien article L. 311-33 du code. La réforme a supprimé l'exigence de se conformer à ces contrats-types, mais l'article L. 311-18 nouveau du Code de la consommation prévoit tout de même que le contrat doit comporter un certain nombre d'informations, lesquelles sont désormais énumérées aux article R. 311-5 et R. 311-5-1 du même code : concernant la sortie imposée par le prêteur, sa faculté de prononcer la déchéance du terme, il est prévu que le contrat devra mentionner « *un avertissement relatif aux conséquences d'une défaillance de l'emprunteur* »¹¹¹². Et la déchéance pour le prêteur de son droit à percevoir les intérêts demeure la sanction applicable au non-respect de ce contenu imposé, puisqu'elle est reprise par le nouvel article L. 311-48 du Code de la consommation. Par ailleurs, les « *conséquences d'une défaillance de l'emprunteur* » sont envisagées à l'article L. 311-24 du Code de la consommation disposant qu'« *en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés* »¹¹¹³. Il s'agit d'une reprise pure et simple des dispositions de l'ancien article L. 311-30 et les contrats-types qui étaient auparavant annexés à l'article R. 311-6 du même code prévoyaient sensiblement la même chose¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁸ V. les dispositions impératives concernant notamment le contenu de la publicité relative au crédit à la consommation, de l'offre de crédit ainsi que l'instauration d'un délai de rétractation, aux articles L. 311-1 et s. du Code de la consommation.

¹¹⁰⁹ P. LOKIEC, *Clauses abusives et crédit à la consommation*, art. cit., n° 3, p. 222.

¹¹¹⁰ V. l'article R. 311-6 du Code de la consommation, dans son ancienne version et les annexes visées.

¹¹¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-20.895.

¹¹¹² Article R. 311-5, I, 6°, c) du Code de la consommation. V. ég. l'annexe à l'article R. 311-5-1 du même code.

¹¹¹³ Il s'agit d'une reprise pure et simple des dispositions de l'article L. 311-30 dans son ancienne version.

¹¹¹⁴ V. par ex. le point 5.2 du modèle-type n° 1 : « *en cas de défaillance de votre part dans les remboursements, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés* ». On notera tout de même qu'à la différence de l'ancien article L. 311-30 –

485. Voici donc le cadre légal, d'ordre public¹¹¹⁵, posé : avant la réforme, les contrats de crédit devaient impérativement se conformer aux contrats-types, lesquels ne prévoyaient au profit du prêteur qu'une faculté de dénoncer le prêt en cas de défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements. Depuis le 1^{er} mai 2011, les offres proposées doivent impérativement contenir « *un avertissement relatif aux conséquences d'une défaillance de l'emprunteur* ». La sanction du non-respect de ce formalisme reste la déchéance du droit aux intérêts. Par ailleurs, la possibilité pour le professionnel de prononcer la déchéance est expressément prévue. Enfin, comme tout contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, le grief de clause abusive menace toute stipulation qui créerait un déséquilibre significatif au détriment de l'emprunteur. Se côtoient donc dans l'*instrumentum* des *clauses légales*¹¹¹⁶ et les clauses découlant d'un reliquat de liberté contractuelle. Ces dernières stipulations, « rescapées » du dirigisme et insérées par le prêteur, ne devront toutefois pas venir contrarier l'objectif de protection de l'intérêt du consommateur, c'est dire aller à l'encontre des dispositions impératives sur le contenu du contrat ; ceci laisse également une place, dont l'étendue doit encore être précisée, au mécanisme de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹¹¹⁷.

486. La question se dessine donc : le professionnel risque-t-il d'être sanctionné en insérant une clause de déchéance du terme pour une autre raison que celle de la défaillance de l'emprunteur dans le remboursement ? Cette stipulation peut-elle être considérée comme *illicite* au regard des exigences formalistes et/ou *abusive* au regard de l'équilibre attendu entre les droits et obligations des parties ? Quelle sanction, le cas échéant, devrait être appliquée ? À ces interrogations, les juges du fond ont apporté des réponses qui nous semblent entretenir une confusion regrettable. Ainsi, avant de tenter d'y répondre nous-même, nous présenterons la jurisprudence, en deux temps.

a. La jurisprudence antérieure à l'application de la loi MURCEF et à l'adoption de la loi Chatel

487. À la lecture de la jurisprudence relative à la validité des clauses instaurant un droit de sortie au profit du prêteur, il est clair que le contentieux autour de ce contrat a

ou du nouvel article L. 311-24 – les modèles-types prévoyaient précisément la défaillance *dans le remboursement*.

¹¹¹⁵ Article L. 313-17 du Code de la consommation (anc. art. L. 313-16).

¹¹¹⁶ T. REVET, *La clause légale*, in *mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 277 et s.

¹¹¹⁷ En ce sens, v. P. LOKIEC, *art. cit.*, n° 7, p. 223.

tout d'abord été obscurci par deux considérations d'ordre procédural qui désormais n'existent plus : le pouvoir du juge de se saisir d'office de certaines questions et l'existence d'un délai de forclusion de deux ans, autrefois prévu par l'article L. 311-37 du Code de la consommation et aujourd'hui intégré au nouvel article L. 311-52.

488. Rappelons donc seulement, en premier lieu, que la Cour de cassation¹¹¹⁸ refusait de reconnaître au juge le pouvoir de soulever d'office, dans un contentieux pourtant « déséquilibré »¹¹¹⁹, le caractère abusif d'une clause ou le non-respect du formalisme institué pour le contrat de crédit à la consommation¹¹²⁰. Ce refus était fondé sur des considérations discutables¹¹²¹ et se trouvait en contradiction avec la position

¹¹¹⁸ V. Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, n° 98-12.713, *Bull. civ.*, I, n° 49 ; *JCP éd. G* 2001, II, 10477, note O. GOUT ; *D.* 2000, p. 275, obs. C. RONDEY ; *Contr., conc., consom.* 2000, comm. 116, G. RAYMOND ; V. depuis et entre autres Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 (3 esp.), *JCP éd. G* 2004, II, 10129, note Y. DAGORNE-LABBE ; *D.* 2004, p. 947, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2004, p. 358, obs. D. LEGEAS ; *PA* 30 juin 2004, p. 12, note V. TELLIER ; Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2007, n° 06-10.468, *JurisData* n° 2007-038380, inédit.

V. ég., pour les juridictions d'appel : CA Bourges, 20 mars 2002, *JurisData* n° 2002-172374 ; CA Rouen, 17 juin 2003, *JurisData* n° 2003-218830 ; CA Paris, 9 nov. 2004, *JurisData* n° 2004-254634 ; CA Paris, 26 mai 2005, *JurisData* n° 2005-275123 ; CA Douai, 26 janv. 2006, *JurisData* n° 2006-322022 ; CA Rennes, 19 avr. 2007, *JurisData* n° 2007-335958. *Contra* CA Bordeaux, 5 déc. 2002, *JurisData* n° 2002-198888 ; CA Amiens, 16 sept. 2003, *JurisData* n° 2003-225678 ; CA Dijon, 3 mars 2007, *JurisData* n° 2007-332154.

¹¹¹⁹ Le déséquilibre de fait entre le professionnel et le consommateur a, bien entendu, tendance à se prolonger jusque dans l'éventuel contentieux : beaucoup de consommateurs, assignés par le prêteur, sont, sinon défaillants dans la procédure, souvent non représentés par un professionnel devant le tribunal d'instance, compétent en vertu des dispositions de l'article L. 311-52 du Code de la consommation.

¹¹²⁰ V. surtout à ce sujet X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, *JCP éd. G* 2001, I, 312 ; I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, *D.* 2003 p. 750 ; G. RAYMOND, *Saisine d'office du juge en droit de la consommation*, *JCP éd. G* 2007, hors série 80 ans de La Semaine Juridique, p. 73 ; G. PAISANT, *Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du Code de la consommation in hors série préc.*, p. 66 ; du même auteur, *Condition du recours du consommateur contre le prêteur et office du juge national*, comm. sous CJCE, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *R. c/ SA Franfinance*, *JCP éd. G* 2008, II 10031. *Adde*, G. RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, *Contr., conc., consom.* 2008, étude n° 3.

¹¹²¹ L'argument principal était celui de la nature de l'ordre public en question : le Code de la consommation étant un ensemble de dispositions destinées à la protection du consommateur, seul celui-ci pouvait se prévaloir de leur méconnaissance, à la différence donc d'une violation de l'ordre public de direction. Discutable distinction dans la mesure où il a déjà été relevé que la question de la saisine d'office du juge doit être distinguée de celle du régime de la nullité – dont on peut rapprocher à certains égards la déchéance – (v. not. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. 2, les obligations, le contrat : formation*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988, n° 750-1 et s. ; IDEM, *L'annulation d'office d'un contrat*, in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, p. 593 et s., spéc. n° 9 et s.), voire de celle de la nature de l'ordre public (P. REMY, *RTD civ.* 1986, p. 149).

Ensuite, en tous les cas, la distinction au regard du droit consumériste entre les deux types d'ordre public n'est pas vraiment aisée, puisque l'on peut dire que le droit de la consommation, s'il a pour objet indéniable de protéger le consommateur, a également pour fonction de réguler l'économie (V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^{ème} éd., 1993, n° 268, p. 241) ou encore de « moraliser les pratiques contractuelles » (G. RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, art. cit., n° 8).

On remarquera surtout que les règles procédurales ne sont curieusement pas visées par la Cour de cassation (V. O. GOUT, *L'éviction du juge dans la mise en œuvre des règles de protection d'un intérêt*

adoptée progressivement par la Cour de justice Communautés européennes¹¹²², qui a en dernier lieu décidé que le juge national a le devoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause¹¹²³. Concernant le délai de forclusion, en second lieu, celui-ci s'imposait tant au prêteur qu'à l'emprunteur puisque l'article L. 311-37 du Code de la consommation prévoyait, dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 décembre 2001¹¹²⁴, que les actions engagées sur le fondement des dispositions relatives aux crédits à la consommation devaient être formées dans les deux ans qui suivent l'événement leur ayant donné naissance, à peine de forclusion. L'emprunteur ne pouvait ainsi arguer de l'irrégularité formelle de l'offre plus de deux ans après la conclusion du contrat, que ce fût par voie d'action ou d'exception.

489. La Cour de cassation s'est rarement prononcée sur la validité, au regard des exigences formalistes du Code de la consommation, d'une clause s'écartant du mécanisme de sortie envisagé par l'article L. 311-24 – anciennement L. 311-30. On peut toutefois évoquer une décision confirmant l'arrêt d'appel qui avait retenu l'illicéité d'une clause de déchéance du terme automatique¹¹²⁵. Par ailleurs sur le fondement de l'article

particulier, note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juil. 2002, *D.* 2003, p. 549, spéc. n° 9 ; V. TELLIER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, préc.). Il nous semble pourtant, comme le relève Madame Tellier, que la « *délimitation de l'office du juge ne peut s'opérer sans référence aux règles de droit processuel* » (note précitée, n° 11). Certains auteurs estiment alors que ces règles n'empêchent pas la reconnaissance du pouvoir de relever d'office (V. par ex. G. POISSONNIER, *Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue*, *D.* 2008, p. 1285 ; F. CANUT, *Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection*, *D.* 2007, p. 2257 ; Y. DAGORNE-LABBE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, préc. ; O. GOUT, note précitée. *Contra* : I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, art. cit. ; B. SOLTNER, *Office du juge et règles protectrices de l'emprunteur*, *RD bancaire et fin.* 2004, pp. 224-225.) ou, plus positivement, qu'il est contraire à celles-ci de ne pas permettre le relevé d'office (V. TELLIER, note précitée, n° 9 et s).

¹¹²² V. CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano*, *Rec. CJCE* 2000, I, p. 4941 ; *JCP éd. G* 2001, II, 10513, note M. CARBALLO FIDALGO et G. PAISANT ; *RTD civ.* 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.* 2001, p. 291, obs. M. LUBY ; *PA* 24 juil. 2001, p. 25, note S. HOURDEAU. V. par la suite, confirmant cette position, CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*, *Rec. CJCE* 2002, I, p. 10875 ; *JCP éd. G* 2003, II, 10082, note G. PAISANT ; *D.* 2003, p. 486, note C. NOURISSAT ; *RTD com.* 2003, p. 410, obs. M. LUBY ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 1711, note P. FLORES et G. BIARDEAUD ; CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *D.* 2006, p. 2910, obs. V. AVENA-ROBARDET.

La solution a encore été étendue à la question de l'interdépendance des contrats en matière de crédit à la consommation : CJCE, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, *R. c/ SA Franfinance*, *JCP éd. G* 2008, II 10031, note G. PAISANT ; *Contr., conc., consom.* 2007, comm. 310, G. RAYMOND ; *D.* 2008, p. 458, note H. CLARET ; *Gaz. Pal.* 12-13 déc. 2007, p. 11, note G. POISSONNIER et J.-P. TRICOIT ; *JCP éd. E* 2008, n° 1114, note M. HODAC.

¹¹²³ CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*, *JCP éd. G* 2009, n° 25, 27, obs. F. PICOD ; *JCP éd. G* 2009, n° 42, 336, note G. PAISANT ; *JCP éd. E* 2009, n° 1970, obs. L. RASCHEL ; *Procédures* 2009, comm. 275, obs. C. NOURISSAT ; *Europe* 2009, comm. 334, obs. V. MICHEL et M. MEISTER.

¹¹²⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.

¹¹²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 juil. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 241, *D. Aff.* 1998, p. 1527, obs. AVENA-ROBARDET : le pourvoi critiquait, sur le fondement de l' – ancien – article L. 311-30 du Code de la consommation, la décision des juges du fond ayant déclaré « *illicite la clause prévoyant la résiliation automatique du contrat*

précité, la Haute juridiction est venue affirmer « *que, pour satisfaire aux exigences de ces textes d'ordre public, l'offre préalable, sans être nécessairement la copie servile de l'un des modèles-types, ne peut comporter des stipulations mettant à la charge de l'emprunteur défaillant des coûts ou indemnités autres que ceux limitativement prévus* »¹¹²⁶ ; elle a encore jugé, dans une autre affaire du même jour, que l'« *offre ne satisfaisait pas aux dispositions impératives [des articles L. 311-8 à L. 311-13], parce qu'elle contenait des clauses ajoutées aux mentions imposées par le modèle-type, qui aggravaient la situation de l'emprunteur en cas de défaillance de celui-ci, et que, dès lors, [le prêteur] encourait la sanction civile de la déchéance du droit aux intérêts* »¹¹²⁷. Un critère a donc discrètement pointé : *l'aggravation de la situation de l'emprunteur*.

490. Ce sont naturellement les juges du fond qui se prononcent le plus souvent sur la validité des dispositions contractuelles qui nous occupent, lesquels étaient fréquemment confrontés à cette situation ubuesque : saisis d'une demande en paiement formée par le prêteur suite à une défaillance de l'emprunteur dans ses remboursements, ils ne pouvaient d'office soulever une irrégularité de l'offre préalable ou l'existence d'une clause abusive, ce qui aurait pallier en quelque sorte la défaillance du consommateur dans la procédure ou l'absence de recours à un conseil professionnel. Pire encore, la procédure instituée, parfaitement maîtrisée par le prêteur, lui permettait de gérer assez sereinement tout risque de grief : il lui suffisait, à la suite d'une défaillance de son cocontractant et en présence de clauses litigieuses, d'assigner ce dernier dans les deux ans du manquement, mais plus de deux ans après la conclusion du contrat, le consommateur ne pouvant plus se prévaloir d'une quelconque irrégularité de l'offre¹¹²⁸.

de crédit, sans mise en demeure préalable, en cas de défaillance de l'emprunteur ». Il est rejeté en ces termes : « *attendu qu'ayant justement relevé que la sanction prévue par l'article L. 311-30 du Code de la consommation, dont les dispositions sont d'ordre public, est facultative pour le prêteur et ne se produit que si celui-ci décide de s'en prévaloir, c'est à bon droit que la cour d'appel énonce que sont dépourvues de toute valeur les stipulations de l'offre de crédit aux termes desquelles le contrat serait résilié de plein droit et sans aucune formalité à l'échéance impayée* ». On précisera que le pourvoi était formé par l'emprunteur et que celui-ci n'a pas demandé la déchéance du droit aux intérêts.

De son côté, la Commission des clauses abusives ne considère pas que cette stipulation crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties : v. l'avis n° 05-02 du 24 février 2005, *D.* 2005, *AJ*, p. 1285, note V. AVENA-ROBARDET ; *JCP éd. E* 2005, p. 1978, obs. N. MATHEY. V. pourtant, estimant abusive une telle clause, les décisions rendues sur ledit avis de la Commission : TI Bourgneuf, 10 aout 2005, RG n° 11-04-00001, et l'autre espèce du même jour, disponibles sur www.clauses-abusives.fr.

¹¹²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-20.895.

¹¹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-20.894, *Bull. civ.*, I, n° 354 ; *D.* 1994, *IR*, p. 10

¹¹²⁸ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1992, *Bull. civ.*, I, n° 148 ; Cass., avis du 9 octobre 1992, *Bull. civ.*, avis n° 4 ; *JCP éd. G* 1993, II, 22024, note A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD ; Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 1995, *Contr., conc., consom.* 1995, comm. n° 209, G. RAYMOND ; Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 1997, *Bull.*

491. Face à cette situation, des tribunaux de première instance ont emprunté un « chemin de traverse », affirmant à plusieurs reprises que « *la présence d'une clause abusive entrant dans le champ d'application du modèle type rend l'offre de crédit irrégulière par rapport aux modèles types prévus aux dispositions de l'article L. 311-13 et R. 311-6 du Code de la consommation. Sa présence est ainsi sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts* »¹¹²⁹ ; au soutien du raisonnement est alors invoquée la décision précitée de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1993¹¹³⁰. Il nous est dit que la clause est abusive – parce qu'elle crée « *un déséquilibre par rapport à une situation juridique organisée de manière détaillée par les textes en vigueur visant à protéger l'emprunteur* »¹¹³¹ –, ce qui entraîne, quasiment *de facto*, l'irrégularité de l'offre puisque cela *aggrave la situation de l'emprunteur*. S'en suit alors la sanction attachée à ce type de vice : la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur. Il faut encore préciser que le juge *releva d'office* dans ces espèces la violation, selon lui, des diverses dispositions consuméristes ; ce qu'il fit, de plus, à l'expiration du *délai de forclusion*... comment alors ne pas avoir l'impression que ce raisonnement était développé pour échapper aux restrictions procédurales exposées précédemment au détriment, sinon du respect des textes, à tous le moins de la position ferme de la Cour régulatrice ? Puisque les magistrats, dans ces affaires où le consommateur comparait rarement, ne pouvaient se saisir d'office de la question de la régularité de l'offre, *a fortiori* plus de deux ans après la conclusion de la convention, ils ont relevé le caractère abusif de la disposition contractuelle¹¹³², se prévalant de la position de la Cour de justice des Communautés européennes qui avait déjà décidé de la possibilité pour le juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause¹¹³³ ; ils ont ensuite déduit de ce caractère l'existence d'une irrégularité

civ., I, n° 364 ; *JCP éd. G* 1998, IV, p. 1222 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, *Bull. civ.*, I, n° 284, venant fermement « condamner » une jurisprudence ayant tenté de limiter les effets, à l'égard de l'emprunteur, du délai de forclusion (v. Cass. 1^{ère} civ., 10 avr. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 178 ; *D.* 1996, p. 527, note T. HASSLER : les juges estimèrent qu'il appartenait au prêteur, réclamant l'exécution des obligations de l'emprunteur, de prouver que l'offre satisfaisait au formalisme imposé par les anciens articles L. 311-8 à L. 311-13 du Code de la consommation).

¹¹²⁹ TI Roubaix, 11 sept. 2003, RG n° 11-02-00160 ; v. ég. TI Rochechouart, 13 déc. 2002, RG n° 11-02-00005. Décisions disponibles sur le site de la Commission des clauses abusives : www.clauses-abusives.fr ; TI Saintes, 4 janv. 2006, *JurisData* n° 2006-297312.

¹¹³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 1993, n° 91-20.894, précitée.

¹¹³¹ V. par ex. TI Roubaix, 11 sept. 2003, précité.

¹¹³² De manière quelque peu « bancale » puisqu'il est même parfois avoué que la clause « *n'est pas en elle-même abusive, dans la mesure où elle n'a pas pour effet, au sens de l'article L 132-1 du Code de la consommation, de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » (v. TI Roubaix, 11 sept. 2003, précité) !

¹¹³³ Cf. *supra*.

formelle, car cette clause venait selon eux aggraver la situation de l'emprunteur¹¹³⁴. La confusion régnait en la matière.

492. Tout d'abord, comme certains auteurs¹¹³⁵, nous pensons que la décision de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1993 concerne les seules clauses ayant pour effet de créer « *un dépassement des coûts et indemnités légalement autorisés en cas de défaillance de l'emprunteur* »¹¹³⁶ ; il ne s'agissait pas en cette espèce d'une clause créant une faculté supplémentaire de résiliation en faveur du prêteur, mais d'une stipulation aggravant la situation financière de l'emprunteur en cas de défaillance de celui-ci. Clairement, elle ajoutait des coûts autres que ceux limitativement et impérativement prévus par le Code de la consommation¹¹³⁷. L'appel à cet arrêt pour apprécier la licéité de clauses prévoyant un droit de sortie nous semble donc non pertinent, d'autant plus que le critère que l'on a pu en extraire a été soigneusement « tronqué » afin de correspondre aux données du contentieux dans lequel on veut l'utiliser : on est passé de « l'aggravation de la situation de l'emprunteur en cas de défaillance » à « l'aggravation de la situation de l'emprunteur ».

493. Ensuite, encore une fois, la déchéance du droit aux intérêts est la sanction d'une irrégularité formelle¹¹³⁸, d'un non-respect par le prêteur du formalisme impératif imposé par le Code de la consommation en matière de crédit, qui ne doit pas être confondu avec le vice substantiel entachant une stipulation contractuelle abusive. La Cour de cassation¹¹³⁹ a d'ailleurs déjà censuré un tel raisonnement judiciaire consistant à « *passer de la forme au fond, pour ensuite revenir à la forme* »¹¹⁴⁰.

¹¹³⁴ V. encore pour un raisonnement équivalent, mais dans le cadre d'une demande reconventionnelle non forclosée, TI Niort, 16 décembre 1998, RG n° 11-98-000825, disponible sur www.clauses-abusives.fr.

¹¹³⁵ I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, art. cit., n° 8.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ V. anciennement l'article L. 311-29 du Code de la consommation et, désormais, l'article L. 311-23.

¹¹³⁸ On relèvera tout de même que le formalisme imposé vise la protection du consentement du consommateur emprunteur, de sorte que « *derrière la forme, c'est donc le non respect d'une règle de fond que le juge est amené à sanctionner* » (V. MAGNIER, *Les sanctions du formalisme informatif*, JCP éd. G 2004, I, n° 106).

¹¹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2004, *Bull. civ.*, I, n° 287 ; *D.* 2005, p. 443, note J.-P. TRICOIT ; *RTD com.* 2005, p. 157, obs. D. LEGAIS ; *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 35, obs. G. RAYMOND ; *RDC* 2005, p. 732, obs. D. FENOUILLET ; *Gaz. Pal.* 7 juin 2005 n° 158, p. 25, note S. PIEDELIEVRE.

¹¹⁴⁰ X. LAGARDE, *Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle*, art. cit., p. 2224. D'ailleurs, la formule employée par certains juges du fond est révélatrice de ce chevauchement malvenu : la clause est abusive car elle crée « *un déséquilibre par rapport à une situation juridique organisée de manière détaillée par les textes en vigueur visant à protéger l'emprunteur* ». La

494. Par la suite, la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001¹¹⁴¹ est venue modifier l'article L. 311-37 du Code de la consommation en imposant au seul prêteur de porter l'affaire dans les deux ans de l'événement, l'action de l'emprunteur étant enfermée dans un « simple » délai de prescription. Tous les problèmes n'ont pas disparu tout de suite, puisque cette modification n'a été applicable qu'aux contrats conclus ou renouvelés postérieurement à son entrée en vigueur¹¹⁴². De plus, il a fallu attendre la loi Chatel du 3 janvier 2008¹¹⁴³ pour que soit consacré le pouvoir du juge de soulever d'office les dispositions du Code de la consommation¹¹⁴⁴, par l'introduction d'un article L. 141-4 au

notion de « déséquilibre » renvoie pourtant à des considérations de *fond*, à l'opposé de l'organisation formelle que prévoient les « *textes en vigueur* ».

¹¹⁴¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.

¹¹⁴² Il s'agissait probablement du résultat « *d'un ultime marchandage* » (X. LAGARDE, *Forclusion biennale et crédit à la consommation. La réforme de l'article L. 311-37 du Code de la consommation*, art. cit., n° 19).

¹¹⁴³ loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, article 34, *JO* du 4 janv. 2008, p. 263. Celle-ci a introduit l'article L. 141-4 du Code de la consommation. V. G. RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, art. cit.

¹¹⁴⁴ V. par ex., pour une application mais, curieusement, sans le visa de l'article L. 141-4 : Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2009, *Bull. civ.*, I, n° 9 ; *Contr., conc., consom.* 2009, comm. 88, obs. G. RAYMOND.

Le débat général sur l'office du juge en matière d'ordre public de protection demeure tout de même. V. surtout en dernier lieu, parmi une abondante littérature, F. CANUT, *Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection*, art. cit. ; X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, *JCP éd. G* 2001, I, 312 et les auteurs cités.

Sans entrer dans cet intense débat qui dépasse le cadre de notre étude, qu'il nous soit seulement permis de penser que l'office du juge se modifie, dans la mesure où il a été précisé récemment par l'assemblée plénière de la Cour de cassation « *que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 NCPC oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* » (Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 10 ; O. DESHAYES, *L'office du juge à la recherche de sens à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007*, *D.* 2008, p. 1102 ; L. WEILLER, *L'article 12 NCPC ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes des parties*, *JCP éd. G* 2008, II, 10006 ; *JCP éd. G* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RDC* 2008, p. 327, obs. A. BENABENT ; *RDC* 2008, p. 435, obs. Y.-M. SERINET ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, note E. SAVAUX ; *RLD civ.* 2008, n° 51, p. 59, obs. L. MINIATO ; G. BOLARD, *L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme*, *JCP éd. G* 2008, I, 156. C'est dire que s'il n'en a pas l'obligation, on pourrait tout de même considérer qu'il en a la faculté (v. G. PAISANT, note sous CJCE, 4 oct. 2007, aff. C-429/05, précitée).

Certes, cette évolution repose en partie sur l'idée que « *si le juge doit jouer un rôle actif dans le déroulement du procès, il n'a pas à remplir tous les rôles, et qu'il revient aux parties elles-mêmes, représentées par des conseils professionnels, d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions* » (V. le communiqué de la Cour sur www.courdecassation.com). Ce raisonnement, appliqué au droit de la consommation, renvoie en définitive à la volonté de ne pas traiter le consommateur comme un incapable. Seulement, d'une part le consommateur n'est pas forcément représenté par un « conseil professionnel », d'autre part et surtout, il s'agit par là de ne pas pouvoir reprocher au juge de ne pas avoir recherché d'office si les faits invoqués par le demandeur pouvaient recevoir une autre qualification que celle qui avait été invoquée et d'examiner par la suite la demande sur un fondement juridique que les plaideurs n'avaient pas envisagé ; il n'est pas question d'interdire au juge de relever d'office une disposition, d'ordre public qui plus est, sauf à remettre en cause l'idée même d'un « rôle actif du juge ». D'ailleurs l'arrêt envisage l'hypothèse de l'ordre public : « [...] *il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières* [...] » (nous soulignons). Ne reste alors que la nature de l'ordre public comme « obstacle » au relevé d'office en

Code de la consommation. Depuis lors, donc, les juges saisis d'un contentieux en matière d'exécution d'un contrat de crédit à la consommation n'ont plus à faire le détour par la qualification de clause abusive pour sanctionner une éventuelle irrégularité formelle, quand bien même la question ne serait pas soulevée par le consommateur. Pour autant, la jurisprudence n'est toujours pas à l'abri de la critique.

b. La jurisprudence postérieure à l'application de la loi MURCEF et à l'adoption de la loi Chatel

495. Libérée de ces anciennes restrictions procédurales, la jurisprudence a les moyens de venir sanctionner le professionnel, d'office le cas échéant et jusque dans le délai de cinq ans suivant la conclusion du contrat. Et, puisqu'elle n'a plus à plus à passer par la qualification de clause abusive, elle se concentre directement sur l'éventuelle illicéité de la clause de sortie, sans apprécier donc l'existence d'un éventuel déséquilibre. À ce titre, il est difficile de ne pas remarquer que tout effort d'imagination du prêteur en matière de faculté de sortie est quasi-systématiquement condamné par les juges du fond : ont par exemple été considérées comme illicites les clauses permettant au dispensateur de crédit de prononcer la déchéance du terme en cas de diminution d'une garantie ou d'impossibilité pour lui d'inscrire sa sûreté par la faute de l'emprunteur¹¹⁴⁵, en cas de non régularisation de la garantie¹¹⁴⁶ ou d'inexactitude d'une des déclarations faites par l'emprunteur¹¹⁴⁷ ou encore en cas d'exigibilité prononcée pour tout autre crédit consenti par le prêteur¹¹⁴⁸.

496. Le raisonnement adopté est toujours le même : il est relevé que la clause de déchéance en cas de survenance d'un événement autre que la défaillance du débiteur dans ses remboursements *ajoute au contenu impératif du modèle-type*, lequel n'envisage que la déchéance prévue à l'article L. 311-30 du Code de la consommation. Et, puisque cela *aggrave la situation de l'emprunteur* qui pourrait avoir à rembourser immédiatement le crédit, la clause est illicite ; partant, le prêteur doit être déchu de son droit de percevoir les intérêts escomptés en vertu de l'article L. 311-33.

matière de crédit à la consommation... qui ne semble plus en être un, force est de le constater, pour le législateur.

¹¹⁴⁵ CA Douai, 29 janv. 2009, n° 07/06886.

¹¹⁴⁶ CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2009, *JurisData* n° 2009-023391.

¹¹⁴⁷ CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2009, précité ; CA Metz, 6 janv. 2011, n° 08/03728 ; CA Poitiers, 13 sept. 2011, n° 10/04258. V. cependant *contra* : CA Versailles, 1^{er} mars 2011 (2 esp.), *JurisData* n° 2011-003549 (1^{ère} esp.) et *JurisData* n° 2011-005066 (2nde esp.).

¹¹⁴⁸ CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2009, précité.

497. On le voit bien dans ces décisions rendues sous l'empire de l'ancienne législation, le critère de l'aggravation de la situation de l'emprunteur tient encore une place prépondérante dans la détermination du caractère illicite d'une clause au regard du formalisme institué. De même, la référence au contenu du modèle-type applicable à la relation est à chaque fois faite : on peut y ajouter, à la condition que cela n'aggrave pas la situation de l'emprunteur. On perçoit alors toute l'inanité de cette position : quelle stipulation, forcément ajoutée par le prêteur, n'aggraverait pas la situation de l'emprunteur ? Peut-on croire qu'il est des prêteurs qui vont utiliser leur imagination pour adapter le contenu de leur contrat d'adhésion en faveur de l'emprunteur ? Manifestement, le raisonnement pêche quelque part ; et la réforme du dispositif légal opérée par la loi du 1^{er} juillet 2011 n'y changera probablement rien, car si les modèles-types ont disparu, une liste du contenu de l'offre a été établie, ce qui permet de penser que la très grande majorité des juridictions du fond n'abandonnera pas son raisonnement¹¹⁴⁹.

498. Et pourtant, selon nous, il le faudrait, afin de répondre correctement à ces interrogations : lorsqu'il s'agit d'envisager la validité d'une clause de sortie anticipée au bénéfice du prêteur – distincte de celle envisageant la défaillance dans le remboursement –, sommes-nous réellement devant une question touchant à la forme de l'offre, à l'information du consommateur ? Plus simplement, les exigences formalistes du code de la consommation interdisent-elles la stipulation d'une clause de sortie en cas de survenance d'un autre événement que la défaillance du débiteur ? Par ailleurs, une telle clause n'est-elle pas abusive ? C'est ce qu'il convient à présent d'approfondir.

c. La nature de l'irrégularité affectant une clause de déchéance du terme dans un contrat de crédit à la consommation

499. Nous préciserons tout de suite qu'une clause peut bien être abusive, au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, et contrevenir au formalisme institué pour éclairer le consentement du consommateur désireux de souscrire un crédit. En ce cas, elle sera réputée non écrite et le prêteur sera également déchu de son droit aux intérêts. C'est dire qu'il n'y a aucune incompatibilité entre les deux notions de clause illicite et de clause abusive. En revanche, le caractère abusif ne saurait être directement déduit du

¹¹⁴⁹ G. POISSONNIER, *Les principales irrégularités des offres préalables de crédit à la consommation*, *Contr., conc., consom.* 2011, ét. n° 11, spéc. n° 1.

caractère illicite et inversement¹¹⁵⁰ : chacun de ces griefs renvoie à des considérations différentes, touchant respectivement à la forme, l'information du consommateur, et au fond, l'existence d'un certain équilibre – ou plutôt l'absence de déséquilibre significatif – entre les droits et obligations des parties. Est-ce toutefois le cas d'une clause de déchéance anticipée qui permettrait au prêteur d'exiger le remboursement immédiat pour une raison autre que la défaillance du prêteur dans ses remboursements ? Nous ne le pensons pas. Non point qu'elle ne puisse pas être abusive, mais parce qu'elle n'est pas illicite pour cela.

500. Nous ne reviendrons pas sur l'emploi douteux du critère de l'aggravation de la situation de l'emprunteur, qui procède d'une interprétation contestable d'une décision de la Cour de cassation¹¹⁵¹. Ensuite, à bien observer les textes, tout en entendant bien l'objectif poursuivi par le législateur prévoyant un lourd formalisme, rien n'interdit nous semble-t-il la stipulation d'une clause de déchéance du terme pour un motif autre que l'inexécution par l'emprunteur de son obligation principale.

501. Sous l'ancienne législation, l'article L. 311-10, 3°, du Code de la consommation imposait notamment le rappel dans l'offre préalable, « *s'il y a lieu, des articles L. 311-20 à L. 311-31* » ; l'article L. 311-13 imposait quant à lui que l'offre fût établie selon l'un des modèles-types, lesquels comportaient la faculté pour le prêteur d'exiger le remboursement immédiat du crédit en cas d'impayé, comme le prévoyait au demeurant l'article L. 311-30. Et l'article L. 311-33 de sanctionner le prêteur par la déchéance du droit aux intérêts en cas de non-respect, notamment, des articles L. 311-10 et L. 311-13. On peut en déduire, sous l'ancienne législation, que devait être sanctionnée, comme un défaut d'information au consommateur, l'absence de référence à la faculté de sortie unilatérale du prêteur en cas d'impayé. Doit-on cependant aller plus loin en condamnant le prêteur pour avoir *ajouté* une faculté ? Certains ont justement relevé à ce propos que « *si le modèle-type prévoit bien la résiliation en cas de défaillance de l'emprunteur et précise les sanctions financières effectivement réservées à ce cas, il ne dit nulle part que la défaillance dans le paiement constituerait le seul cas de résiliation* »¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ V. pourtant, usant de ce raccourci erroné, CA Douai, 29 janv. 2009, précité, à propos d'une clause de déchéance en cas de diminution de garantie : « *cette stipulation a exactement été déclarée abusive par le premier juge qui en a tout aussi exactement tiré les conséquences en prononçant la déchéance du droit du prêteur aux intérêts conventionnels* ».

¹¹⁵¹ Cf. *supra*.

¹¹⁵² I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR., *art. cit.*, n° 16.

Comme l'écrit Monsieur le Professeur Lagarde, nous pensons qu'« *il n'y a d'irrégularité formelle qu'à partir du moment où l'offre ne comporte pas ces indications ou encore comporte des indications contraires* »¹¹⁵³. Or, l'ajout d'une hypothèse d'évasion n'allait pas à l'encontre de l'ancien article L. 311-30 du Code de la consommation : ce n'est point parce que la loi, fût-elle impérative, prévoit précisément un droit de sortie qu'elle interdit forcément la prévision d'autres facultés. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que lorsque le législateur veut limiter la liberté contractuelle du prêteur, il le fait expressément : ainsi est-il prévu que le prêteur, en cas de cessation anticipée du contrat, ne peut exiger des indemnités supplémentaires à celles prévues par le code¹¹⁵⁴. De plus et surtout, l'article L. 311-33 du Code de la consommation ne sanctionnait pas directement une méconnaissance de l'article L. 311-30, mais le « seul » non-respect des dispositions des articles L. 311-8 à L. 311-13¹¹⁵⁵.

502. Depuis la loi du 1^{er} juillet 2010¹¹⁵⁶, le support textuel nous semble être encore plus mince pour fonder le raisonnement adopté : il n'existe plus de modèle-type mais seulement une liste des éléments devant nécessairement apparaître dans l'offre soumise au consommateur ; et, à ce titre, on a vu que le prêteur doit « seulement » avertir l'emprunteur sur les conséquences d'une éventuelle défaillance de sa part. Il n'est toujours pas interdit de prévoir d'autres causes de déchéance du terme, bien que le législateur ait eu l'occasion de préciser ce point. On prendra donc bonne note de ce qu'il ne l'a pas fait.

503. La présence de telles dispositions contractuelles ne doit ainsi pas automatiquement conduire, selon nous, au prononcé de la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur : tout d'abord parce que les textes ne le permettent pas ; ensuite parce qu'il serait souhaitable, à supposer que l'on modifie ces dispositions légales en faisant de la faculté de sortie du prêteur une question de forme, de repenser la sanction attachée à l'irrégularité : on ne voit pas pourquoi la déchéance du droit aux intérêts est une sanction automatique en matière de crédit à la consommation alors qu'elle est facultative en

¹¹⁵³ X. LAGARDE, *Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle*, art. cit., loc. cit.

¹¹⁵⁴ V. l'ancien article L. 311-32 et le nouvel article L. 311-23 du Code de la consommation.

¹¹⁵⁵ Donc notamment la violation de l'article L. 311-10, qui n'imposait qu'un rappel de la faculté de sortie appartenant prêteur, et la méconnaissance de l'article L. 311-13 prescrivant l'établissement d'une offre conforme aux modèles-types.

¹¹⁵⁶ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JO 2 juil. 2010, p. 12001 ; G. RAYMOND, *Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation*. *Commentaire, Contr., conc., consom.* 2010, étude 11.

matière de crédit immobilier¹¹⁵⁷. Alors donc que dans ce dernier type de crédit le législateur a donné une juste mesure à cette sanction qui se veut comminatoire¹¹⁵⁸, en permettant au juge de mesurer l'impact du défaut d'information et de ne prononcer éventuellement qu'une déchéance partielle, il devrait en être autrement concernant le crédit à la consommation ?

504. Comme il a été très justement relevé, le formalisme est censé assurer l'intégrité du consentement de l'emprunteur¹¹⁵⁹, il faudrait donc s'interroger sur l'opportunité de prononcer la sanction au regard des effets induits par le défaut d'information¹¹⁶⁰, comme y procède le juge en matière immobilière¹¹⁶¹ ; on ne perçoit alors aucune spécificité qui justifierait une approche différente en cas de manquement au formalisme imposé pour l'offre préalable au crédit mobilier. Cette conception de la sanction devrait donc être consacrée *de lege ferenda*¹¹⁶². La loi du 1^{er} juillet 2010 a d'ailleurs introduit à ce propos une certaine souplesse, puisque l'étendue de la déchéance

¹¹⁵⁷ V. l'article L. 312-33 du Code de la consommation, prévoyant la sanction du non-respect du formalisme imposé pour l'offre de prêt immobilier.

¹¹⁵⁸ V. V. MAGNIER, *Les sanctions du formalisme informatif*, art. cit., n° 9 et suivants.

¹¹⁵⁹ *Ibid.* Il est vrai que la sanction « classique » d'une altération du consentement est le prononcé de la nullité de la convention, mais l'on doit ici retrouver le particularisme du droit de la consommation en ce qu'il institue une protection du contractant profane : une telle sanction entraînerait en effet de fâcheuses conséquences pour lui.

¹¹⁶⁰ *Ibid.* Rappr. X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, art. cit., n° 11 et s. V. encore, rejoignant cette préoccupation, les critiques adressées par certains auteurs à l'encontre de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 juillet 2001 (*Bull. civ.*, I, n° 233 ; *D.* 2001, p. 2676, obs. C. RONDEY ; *D.* 2002, p. 71, note crit. D. MAZEAUD ; *JCP éd. G* 2002, II, 10097, obs. E. BAZIN ; *JCP éd. E* 2002, p. 80, obs. O. LUTUN ; *RTD civ.* 2002, p. 91, obs. crit. J. MESTRE et B. FAGES ; *PA* 16 janv. 2002, p. 15, note V. LASBORDES. Dans cette affaire, le prêteur avait bien fourni une offre conforme au modèle type, satisfaisant donc à l'article L. 311-13 du Code de la consommation, mais cette offre ne reproduisait pas les dispositions de l'article L. 311-37, al. 2, car ledit modèle n'avait pas intégré les modifications apportées à cet article par la loi du 8 février 1995 ; la Cour de cassation a considéré « que l'article L. 311-33 précité fait seulement obligation au prêteur d'établir l'offre préalable de crédit selon l'un des modèles types établis par l'autorité compétente ; que cette obligation ne peut dispenser le prêteur de satisfaire aux exigences légales lorsque, comme en l'espèce, le modèle type n'avait pas été adapté à une modification législative ultérieure ». Et Messieurs les Doyen et Professeur Mestre et Fages (obs. préc.) de relever alors justement que « l'omission dans l'offre de crédit remise au consommateur d'une mention obligatoire introduite par la loi du 8 février 1995 [...] ne nous semble pas pour lui source de bien graves dangers ! » ; v. encore en ce sens D. Mazeaud (note préc.) et H. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597 et s., spéc. p. 612.

¹¹⁶¹ V. par ex. CA Aix-en-Provence, 27 oct. 2005, *JurisData* n° 2005-303559 (déchéance non prononcée, l'irrégularité n'ayant pas fait grief aux emprunteurs) ; CA Chambéry, 31 oct. 2006, *JurisData* n° 2006-324201 (déchéance non prononcée puisque le prêt a été exécuté par l'emprunteur pendant 7 ans sans protestation, ce qui vaut reconnaissance implicite de l'absence de grief résultant de l'irrégularité) ; CA Nîmes, 26 mai 2009, n° 05/02366, *inédit* (la déchéance ne se justifie pas puisque l'emprunteur avait, en sa qualité d'avocat, une parfaite connaissance de son engagement lorsqu'il a accepté l'offre).

¹¹⁶² V. par ex. pour une telle proposition V. MAGNIER, art. cit., loc. cit. ; D. LEGEAIS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004, précitée ; B. BOULOC, *La perte du droit aux intérêts*, in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*, op. cit., p. 81 et s., spéc. p. 90.

est laissée à l'appréciation du juge¹¹⁶³ lorsqu'il s'agit de sanctionner le prêteur ayant manqué à ses obligations de fournir des explications et d'évaluer la solvabilité du consommateur¹¹⁶⁴ ; il est donc regrettable qu'il n'en soit pas de même en cas de non-respect du formalisme imposé pour le contrat de crédit, la notion d'offre ayant par ailleurs disparue.

505. Il nous semble alors difficile d'imaginer que le défaut d'information sur la faculté de sortie anticipée du prêteur, à le supposer établi, entraîne forcément un vice du consentement chez le consommateur. Nous ressentons, malgré tout, un certain malaise à reconnaître au dispensateur de crédit à la consommation la possibilité d'introduire des clauses résolutoires pour d'autres raisons qu'un impayé ; mais ce sentiment relève d'une considération de fond, d'une question touchant à la substance des droits et des obligations des parties au contrat de consommation : y a-t-il un abus dans ce genre de stipulations ?

506. Ici encore, le travail de la Commission des clauses abusives est précieux : dans trois avis en date du 24 février 2005¹¹⁶⁵, celle-ci est venue qualifier d'abusives nombre de dispositions contractuelles, fréquemment rencontrées dans les offres émises par les établissements prêteurs et prévoyant la résiliation de plein droit du contrat en cas de décès du co-emprunteur solidaire ou d'une caution, de résiliation d'un autre contrat de prêt chez le prêteur, de non-respect de l'un quelconque des engagements, d'inscription sur un fichier d'incidents de paiement, de surendettement, d'interdiction d'émettre des chèques, de défaut de remboursement d'une échéance à une date non déterminée contractuellement ou encore en cas d'inexactitude des renseignements confidentiels initialement fournis dès lors que le contrat ne précise pas les renseignements confidentiels auxquels le prêteur attribue un caractère substantiel.

507. Comme il a été remarqué, la liberté du prêteur semble bien restreinte et il ne lui reste guère que la possibilité de prévoir la résiliation du contrat en cas de décès de l'emprunteur ou en cas de fourniture de renseignements confidentiels inexacts, si tant est que le contrat précise les informations auxquelles le dispensateur de crédit accorde un caractère substantiel¹¹⁶⁶. La jurisprudence n'hésite pas, alors, à qualifier d'abusives

¹¹⁶³ V. le nouvel article L. 311-48, alinéa 2, du Code de la consommation.

¹¹⁶⁴ V. les articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation.

¹¹⁶⁵ Avis n° 05-01, n° 05-02 et n° 05-03. V. D. 2005, AJ, p. 1285, note V. AVENA-ROBARDET ; *JCP éd. E* 2005, p. 1978, obs. N. MATHEY.

¹¹⁶⁶ V. V. AVENA-ROBARDET, note précitée ; N. MATHEY, obs. précitées. V. par ex. CA Versailles, 1^{er} mars 2011 (2 esp.), précités.

quasiment toutes les initiatives contractuelles du prêteur en ce domaine¹¹⁶⁷ : si certaines décisions précitées des juges de première instance ont pu être remises en cause, ce n'est pas sur la détermination du caractère abusif des clauses litigieuses, mais sur les conséquences à en tirer.

508. La Cour de cassation, elle-même, aurait pu se prononcer sur l'éventuel caractère abusif d'une clause de sortie, dite de « défaut croisé », qui permet au dispensateur de crédit à la consommation de résilier le prêt en cas d'impayé sur un autre crédit contracté auprès de lui¹¹⁶⁸. Mais le débat n'a porté dans cette affaire que sur la validité d'une clause pénale d'un premier contrat qui sanctionnait financièrement la défaillance de l'emprunteur dans l'exécution d'un second contrat de crédit ; selon la Cour, les juges du fond ont justement déduit « *que la clause était abusive en ce que, prévoyant l'application d'une clause pénale à une défaillance extracontractuelle, elle créait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et qu'elle était illicite en ce qu'elle imposait une sanction financière de l'emprunteur qui ne se justifie, au regard de l'article L. 311-30 susvisé, qu'en cas de défaillance de sa part et non dans le cas d'un crédit régulièrement honoré* ». Certains voient pourtant dans cette décision un exemple de condamnation d'une clause résolutoire, comme étant illicite¹¹⁶⁹. Nous ne le pensons pas, la motivation des magistrats est claire, c'est une clause pénale qui est ici stigmatisée.

509. Cela dit, doit-on envisager la transposition de cette solution, *mutatis mutandis*, à une clause résolutoire, d'autant plus que l'article L. 311-30 – désormais L. 311-24 – du Code de la consommation concernait tout à la fois la faculté de résiliation et la sanction financière du débiteur ? Nous ne le pensons pas non plus, dans la mesure où l'article L. 311-32 – devenu L. 311-23 – limitait clairement les indemnités et coûts pouvant être mis à la charge de l'emprunteur défaillant, ce qui conduit la Cour de cassation dans l'espèce

¹¹⁶⁷ V. récemment CA Rennes, 27 mars 2008, *JurisData* n° 2008-364502 : « *la stipulation de la déchéance du terme en cas de fourniture de renseignements confidentiels inexacts est, de par son imprécision, abusive puisqu'elle ne spécifie pas les renseignements confidentiels auxquels le prêteur attribue un caractère substantiel, créant un déséquilibre significatif au préjudice de l'emprunteur, exposé à une résiliation du contrat en cas de fourniture d'un renseignement confidentiel inexact sans incidence sur l'appréciation du risque de défaillance* ». CA Rennes, 22 avr. 2011, n° 10/01892, (clause de déchéance du terme en cas de cessation de l'appartenance de l'emprunteur au personnel de la banque prêteuse) ; V. pour un recensement exhaustif des diverses clauses insérées par les prêteurs G. POISSONNIER, *Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation*, D. 2006, p. 370 ; IDEM *Les principales irrégularités des offres préalables de crédit à la consommation*, art. cit.

¹¹⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, n° 01-16.733, *Bull. civ.*, I, n° 60 ; D. 2005, p. 640, obs. V. AVENAROBARDET ; *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 199, G. RAYMOND ; *RDC* 2005, p. 721, obs. D. FENOUILLET ; *RLD civ.* 2005, n° 14, comm. n° 574.

¹¹⁶⁹ G. POISSONNIER, art. cit., p. 371.

précitée à confirmer les juges du fond en ce qu'ils ont jugé « *illicite* »¹¹⁷⁰ ladite clause sans que la déchéance du droit aux intérêts n'ait été prononcée¹¹⁷¹. Certes, il est vrai qu'il s'agit déjà d'une interprétation extensive de l'ancien article L. 311-32 du Code de la consommation¹¹⁷² puisque celui-ci interdisait la prévision de coûts non visés par le Code en cas de défaillance et non la prévision d'une sanction financière en dehors de tout manquement dans les remboursements ; mais encore faut-il, pour « étendre » la protection, qu'existe un support textuel. Or, rappelons-le, aucune disposition de la sorte n'existe pour la faculté de résiliation.

510. Nous pensons donc qu'une clause autorisant la résiliation anticipée de la relation pour d'autres raisons que le non remboursement est abusive en ce qu'elle ne respecte pas l'esprit du texte. Si celui-ci n'écarte pas expressément la possibilité pour le prêteur d'insérer de telles dispositions, il faut bien convenir que la visée protectrice des dispositions consuméristes, en particulier celles dont il s'agit, implique que le dispensateur ne puisse pas prononcer la déchéance du terme pour des faits étrangers à l'exécution du contrat – comme le décès de la caution ou encore la modification de la situation familiale, professionnelle ou patrimoniale de l'emprunteur¹¹⁷³ – ou pour des manquement véniels qu'une clause à la formulation « vague » permettrait de sanctionner¹¹⁷⁴. La clause de sortie anticipée au bénéfice du prêteur, lorsqu'elle vise de tels événements, lui octroie un avantage injustifié au regard de l'obligation principale de l'emprunteur. Et il n'y a ici alors plus rien de spécifique au contrat de crédit à la consommation : la clause est abusive, ni plus, ni moins.

511. D'ailleurs, dans le domaine voisin du crédit immobilier, la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans un arrêt du 27 novembre 2008¹¹⁷⁵. Une clause du contrat prévoyait la possibilité pour le prêteur de résilier la convention en cas de défaillance de l'emprunteur dans l'exécution de l'un quelconque des autres contrats conclus auprès de lui. La Cour de cassation censura les juges du fond, pour violation de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qui avaient observé que la clause n'était interdite par aucun

¹¹⁷⁰ Il n'est d'ailleurs pas fait appel à la notion d'« irrégularité ».

¹¹⁷¹ Elle n'était pas demandée puisqu'il s'agissait d'une action d'association de consommateurs...

¹¹⁷² V. en ce sens D. FENOUILLET, obs. préc., p. 724.

¹¹⁷³ V. pour une telle clause TI Niort, 16 décembre 1998, RG n° 11-98-000825, disponible sur le site de la Commission des clauses abusives : www.clauses-abusives.fr.

¹¹⁷⁴ V. les avis n° 05-01, n° 05-02 et n° 05-03 précités de la Commission des clauses abusives.

¹¹⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2008, n° 07-15.226, *Bull. civ.*, I, n° 275 ; *RLD civ.* 2009, n° 3287, obs. V. MAUGERI ; *RDC* 2009, p. 564, note D. FENOUILLET.

texte et décidé qu'elle n'était pas abusive. La Cour régulatrice relève tout d'abord l'objet de la clause et la généralité des termes employés afin de définir la défaillance, avant d'énoncer qu'« *une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé, par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt* » ; et la Cour de préciser encore qu'« *il n'était, au demeurant, pas contesté que les échéances du contrat de prêt immobilier liant [les parties] étaient régulièrement acquittées* ».

512. Le contentieux du crédit à la consommation, ainsi que la notion de clause abusive et celle de formalisme, gagneraient donc en clarté et en justesse si l'on se concentrait, en l'état actuel des textes, sur la recherche du déséquilibre significatif éventuellement créé par l'insertion d'une clause de sortie plutôt que de continuer de maladroitement lier la forme au fond.

Conclusion du TITRE 2

513. La potestativité suscite la méfiance, laquelle appelle une réglementation. Si cette notion est mal connue, si elle est peu étudiée pour elle-même et qu'il est difficile de lui donner un véritable cadre « opérationnel », elle n'est manifestement pas inexistante du droit positif.

514. D'une part, en effet, la théorie de la condition a su en absorber certaines manifestations, à tout le moins la plus extrême, dès lors qu'est prohibé le pouvoir de revenir sur son engagement en manipulant l'événement conditionnant. Et un choix doit alors être fait : au regard des risques d'excès inhérents à la potestativité¹¹⁷⁶, faut-il donner une autonomie aux droits potestatifs – en ce compris ceux relatifs à la sortie –, ce qui implique de les réglementer pour ce qu'ils sont, ou peut-on considérer que la théorie de la condition peut raisonnablement accueillir l'objet de notre étude ? Il nous semble que le rejet de la qualification de condition ne provient pas tant de ce que cela ouvrirait la porte

¹¹⁷⁶ Nous entendons ici tous les effets attachés au *pouvoir* individuel et qui n'apparaissent pas compatibles avec la notion de contrat, dans son acception consensuelle.

au contrôle de la potestativité¹¹⁷⁷, car il existe un certain consensus sur la nécessité de cet examen dans un contexte contractuel, porteur d'équilibre et de concessions. Il apparaît alors que la validité des clauses qui nous occupent doit passer par le respect d'un engagement sur la durée, qui ne doit pas pouvoir être modifié d'une façon arbitraire intolérable, mais qui peut être conditionné par les parties au maintien de leur intérêt. Pourquoi créer ce contrôle dans le cadre d'une nouvelle catégorie autonome alors qu'une adaptation du « microcosme » de la condition suffirait, toujours dans le respect de la fonction de cette notion, à parvenir à un résultat satisfaisant ?

515. D'autre part, la notion plus large et abstraite de droit potestatif a tout de même sa place dans l'ordre juridique applicable, le législateur ayant pris soin d'instaurer, de manière éparsée il est vrai, quelques contrôles sur le contenu du contrat ; que ce soit de manière précise – réglementation de la sortie – ou plus générale – sanction du déséquilibre significatif –, c'est bien en réalité à chaque fois le pouvoir qu'une partie est susceptible de s'octroyer afin de modifier une situation juridique préexistante – par son extinction en l'occurrence – qui est scruté, avec pour objectif la protection d'une catégorie de contractants. C'est là, déjà, et sans que cela relève d'un régime réellement autonome, une réglementation du droit potestatif en général et du droit potestatif de sortir en particulier.

¹¹⁷⁷ Encore que dans certaines décisions, nous n'avons pu nous empêcher de sentir un certain soulagement des magistrats de ne pas avoir à traiter le litige sous l'angle de la potestativité prohibée par l'article 1174 du Code civil.

Conclusion de la PARTIE 1

516. Voici donc exposée la nature des clauses de sortie : évidemment conventionnelle en ce qu'elles ne sont que des clauses parmi d'autres et nécessairement potestative puisqu'elles octroient une faculté d'éteindre, par décision unilatérale, certains effets du contrat. Leur spécificité est alors apparue à plusieurs reprises, en raison tout à la fois de la fonction qu'elles assurent dans le contrat et de la nécessaire et progressive adaptation de la pratique contractuelle : il s'agit de permettre à un contractant de sortir d'une relation, souvent complexe et conclue pour une longue durée, lorsque son intérêt se trouvera entamé avant la date prévue pour l'extinction des effets contractuels. Ces clauses conduisent à l'octroi d'un pouvoir, nécessaire à l'exercice de leur fonction extinctive, ce qui influe sur leur nature, comme en témoigne la stricte interprétation qui en est généralement faite.

517. Le lien apparaît ainsi entre la clause, le contenant, et la faculté qu'elle renferme, le contenu : la stipulation contractuelle prend la forme d'une condition résolutoire de l'engagement, mécanisme réceptionnaire de la faculté de sortie et destiné à jouer au cas où survienne un événement déterminé et susceptible d'entamer l'intérêt du bénéficiaire de voir la relation perdurer. Il s'agit donc pour les parties d'explicitier cet intérêt et de l'intégrer au contrat. Pour autant, cela ne conduit pas à en faire le fondement de la force obligatoire du contrat, car la contractualisation de l'intérêt n'est opérée qu'à travers la prévision de son atteinte : l'intérêt, comme nous l'entendons, ne peut être réduit à un concept juridique limité. Si nous avons vu qu'il est des hypothèses de perte d'intérêt qui, en raison du degré de l'atteinte ou de la personne qui la subit, sont prises en compte sans stipulation, les parties sont invitées à mettre en place une faculté de sortie puisqu'elles ne peuvent être assurées qu'une atteinte à leur intérêt, susceptible d'être prévue à la formation, pourra légitimer une sortie anticipée ; et c'est alors l'« enfermement » contractuel qui les guette, situation difficile à supporter pour les deux contractants, car cela entraînera nécessairement des problèmes d'exécution.

518. Les contractants y procéderont valablement en ne perdant pas de vue la nécessité d'établir un contenant qui soit à la fois compatible avec le contrat qui le contient et adapté au contenu qu'il reçoit, la faculté de sortir ; laquelle a une fonction complétive,

s'écartant de la fonction du contrat. C'est dire que les contractants devront prévoir une condition résolutoire de leur engagement valable et susceptible d'être efficace au regard des risques de voir leur intérêt entamé, ce qui implique la prévision d'un événement correctement déterminé. Dans cette optique, on l'a déjà vu, l'intérêt de l'autre partie ne peut être négligé, surtout lorsqu'il s'agit d'une personne que l'on entend protéger en assurant, sinon une certaine pérennité de la relation contractuelle, à tout le moins un relatif équilibre dans les pouvoirs accordés par le contrat.

519. Du reste, à présent, cet intérêt du contractant « subissant » la sortie va nous intéresser, car c'est souvent en le considérant justement que la partie bénéficiaire d'une faculté *valablement* prévue pourra la mettre en œuvre *efficacement*. Certes, l'évolution du droit contractuel a conduit à la prise en compte du temps qui passe, à une certaine remise en cause de l'intangibilité du contrat, au profit notamment d'un contractant qui voit son intérêt altéré en cours d'exécution ; mais cela ne s'est pas fait au pur détriment de l'autre partie : « *d'un monde du chacun pour soi où chaque contractant était responsable de la défense de ses propres intérêts au détriment de ceux de l'autre, l'évolution du droit a peu à peu conduit à la prise en compte de l'autre, au souci de ses intérêts* »¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, art. cit., spéc. n° 24.

PARTIE 2 La mise en œuvre d'une faculté contractuelle de sortie

520. À ce stade de nos développements, nous pensons avoir déterminé les conditions de validité d'établissement d'une faculté de sortie anticipée du contrat : le contenant est valablement inséré au contrat, une clause ayant pris place au sein de l'*instrumentum*, et il est à la juste mesure du contenu, la faculté. Mais cette prérogative ne saurait demeurer figée. Plus justement, sa validité ne peut contenter à elle seule le contractant qui voit son intérêt altéré : le contenu est appelé, le cas échéant, à être mis en œuvre.

521. Cette partie de l'analyse apparaît donc plus pragmatique. C'est que la notion de *validité* porte en elle une certaine abstraction, dans la mesure où la réflexion porte sur la stipulation d'une prérogative *susceptible* de jouer, alors que l'appréhension de l'*efficacité* suppose déjà un mouvement. La matière contractuelle implique cela : du point de vue du contrat, considéré en tant qu'ensemble intégrant ladite faculté, il ne s'agit de rien d'autre que de distinguer la phase de formation de celle d'exécution. Par où l'on observe encore qu'une clause, aussi autonome puisse-t-elle être sur certains aspects, n'est rien d'autre qu'une composante de l'ensemble : « *l'efficacité au sens large de la clause continue d'être plus ou moins intensément liée au soleil du contrat dont elle demeure un satellite* »¹¹⁷⁹.

522. Ce n'est pas dire, bien entendu, qu'aucune considération d'ordre théorique n'est à l'œuvre quand il est temps d'aborder, non plus la prévision de la sortie, mais la sortie elle-même. La qualification de l'exercice de cette sortie en témoigne d'ailleurs : la sortie est un acte, dans le contrat, qu'il est nécessaire de caractériser. C'est dire, simplement, que les réflexions qui suivent s'attachent à l'exercice d'une faculté qui a déjà été présentée dans sa fonction et dans la nature de la clause qui la prévoit. L'attention est donc portée sur un mécanisme dont l'intervention n'implique pas vraiment d'autres aspects théoriques que ceux déjà dégagés : la clause est efficace au regard de la *fonction* qu'on lui attribue et parce que sa *nature* est bien comprise. Cela n'a rien de surprenant :

¹¹⁷⁹ M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle, 1^{ère} partie*, RDC 2006, p. 1056.

une stipulation valable ne vaut, en définitive, que parce qu'elle est également susceptible d'être efficace. C'est de cela dont il s'agit à présent : mettre efficacement en œuvre une faculté valablement prévue. Les deux principaux objectifs de cette partie de l'étude ressortent clairement, s'agissant de répondre à des questions somme toute simples : comment sortir du contrat ? Comment la sortie agit-elle sur le contrat ?

523. Le premier de ces questionnements renvoie à la « procédure » de sortie. Un événement déstabilisant, portant atteinte à l'intérêt du titulaire de la clause, est intervenu et correspond aux prévisions de la stipulation. Si la sortie n'est pas automatique, il reviendra à ce titulaire, s'il le souhaite, de s'en prévaloir : il va devoir respecter certaines modalités, de nature et de source diverses, afin que soit pris en compte l'intérêt de l'autre partie mais, également, que sa volonté de sortir soit suivie d'effets (**TITRE 1**).

524. Une fois la faculté mise en œuvre, la prérogative va donc produire ses effets : le sortant est en principe libéré. La simplicité de l'affirmation dissimule cependant deux difficultés : la première d'entre elles est de connaître l'étendue de sa libération lorsqu'il aura réussi sa sortie. La seconde est de déterminer les causes et les effets d'une sortie manquée (**TITRE 2**).

TITRE 1 Les modalités de la sortie

525. De nombreuses modalités peuvent être prévues par les parties lorsqu'elles envisagent une faculté de sortie anticipée de leur relation. La limite ne réside ici que dans l'intérêt et dans l'imagination des parties. Ainsi peuvent-elle, par exemple, insérer dans leur relation le respect d'une durée minimale d'engagement ou encore la prévision d'une certaine périodicité pour l'exercice de la prérogative. La première permet ainsi d'assurer, nonobstant l'éventuelle survenance d'un événement portant atteinte à l'intérêt de l'un des contractants, un minimum d'exécution contractuelle. Si cette modalité se retrouve le plus souvent au sein de contrats à durée indéterminée – les parties créant ainsi une durée déterminée dans leur engagement sans durée¹¹⁸⁰ –, sa prévision dans une relation conclue pour une longue durée déterminée peut être utile, surtout lorsque certains investissements sont demandés. En ces cas, avant l'expiration de la durée minimale ou en dehors d'une période prévue pour sa mise en œuvre, la sortie ne saurait être exercée de manière licite.

526. Au-delà de ces aménagements techniques éventuels, certaines modalités apparaissent indispensables pour que la sortie produise les effets escomptés, alors que d'autres semblent davantage facultatives. La réalité nous paraît moins manichéenne lorsqu'on compare les deux grandes catégories de modalités accompagnant la sortie. La première relève pour ainsi dire de l'évidence : il s'agit de l'information due par le sortant au cocontractant. Comment, en effet, envisager qu'un contractant quitte la sphère contractuelle sans en informer son futur ex-partenaire ? Est-elle, cependant, toujours due ? Quand doit-elle être adressée au cocontractant et, surtout, que contient-elle (**Chapitre 1**) ? La seconde modalité qui sera ici envisagée est le versement d'un prix au moment de la sortie. L'analyse nous conduira alors à distinguer suivant que le prix est dû par le sortant ou par le cocontractant (**Chapitre 2**).

¹¹⁸⁰ Il nous a été donné d'observer à plusieurs reprises cette clause dans des contrats d'abonnement à des salles de sport. Plutôt que de conclure un contrat à durée déterminée reconductible tacitement, avec les obligations que cela comporte au regard du droit consommériste, il est prévu une durée indéterminée. On sait alors que cela implique un droit de résiliation unilatérale pour l'adhérent, mais celui-ci ne pourra toutefois être mis en œuvre qu'à l'expiration d'une certaine durée, en règle générale 3 ou 6 mois. Cela n'exclue pas pour autant la possibilité d'insérer une faculté de sortie pour certains motifs au cours de cette période

Chapitre 1 L'information à temps du cocontractant : modalité obligatoire ?

527. Informer à temps le cocontractant implique, tout d'abord, la transmission par le sortant d'éléments à son futur ex-partenaire. Il y va ainsi, *a priori*, de l'intérêt de ce dernier qui doit être à même de connaître le devenir de la relation contractuelle. L'informer de la sortie imminente participe alors de sa protection. En réalité, l'information au cocontractant sert surtout l'intérêt du sortant car elle est quasi-systématiquement nécessaire à l'efficacité de la sortie : sortir, c'est avant tout informer l'autre que l'on sort (**SECTION 1**). Il s'agit de motiver l'acte par lequel s'exerce la sortie. Ce n'est pas dire qu'il faut justifier toute sortie d'un contrat lorsqu'elle s'exerce par une décision unilatérale¹¹⁸¹. La motivation consiste, simplement, en l'énonciation des motifs de la sortie¹¹⁸², que l'autre partie peut alors confronter aux prévisions du contrat. Il ne s'agit donc pas vraiment d'établir à ce stade leur existence. Encore que l'on puisse souhaiter, comme on l'a déjà vu, qu'on impose au sortant – qui doit agir de bonne foi – qu'il donne assez d'indications pour que le cocontractant soit à même de vérifier la véracité de la survenance de l'événement érigé en cause de sortie anticipée.

528. Mais la seule information ne saurait en elle-même suffire, cette fois-ci au regard de l'intérêt bien compris du partenaire en passe d'être délaissé : celui-ci doit recevoir l'information *à temps*. Autrement dit, il doit en principe être tenu au courant de la volonté du titulaire de la faculté avant qu'elle ne produise des effets, dans un délai lui permettant d'en prendre toute la mesure (**SECTION 2**).

SECTION 1 L'information du cocontractant

529. « L'information » du cocontractant, si l'on conçoit aisément qu'il s'agit de porter à la connaissance de l'autre partie certains éléments de nature à la renseigner, demeure une notion abstraite que l'on doit encore décomposer en pratique. La question à laquelle on se propose de répondre est simple : quels sont, concrètement, les éléments que le sortant portera à la connaissance de son partenaire afin que la sortie soit efficace ? Pour

¹¹⁸¹ On sait d'ailleurs qu'il n'existe par principe aucune obligation de motiver la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, lequel

¹¹⁸² V. en ce sens R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Bibl. dr. priv. T. 254, LGDJ, 1996, préf. A. Lyon-Caen, n° 416 et s., p. 340 et s.

correctement répondre à cette interrogation nous distinguerons, de façon chronologique, la survenance chez le sortant d'une atteinte à son intérêt de voir la relation perdurer (§1) de la décision consécutive de sortir par la mise en œuvre de la clause (§2).

§1 L'atteinte à l'intérêt du titulaire de la faculté

530. Informer son cocontractant que l'on subit une baisse d'intérêt remettant en cause l'avenir de la relation contractuelle impose de lui indiquer, tout d'abord, l'origine de cette baisse, donc la survenance de l'événement portant atteinte et justement visé par la clause de sortie (*A.*) ; le sortant, ensuite, peut avoir à indiquer que le cocontractant dispose d'une possibilité de corriger le déséquilibre ainsi survenu (*B.*).

A. L'information de la survenance de l'événement érigé en motif de sortie

531. La nécessité de cette information dépend naturellement du type d'événement. Plus précisément, et en toute logique, cette information donnée par le sortant ne se conçoit que lorsque le cocontractant peut légitimement ignorer la réalisation de la circonstance autorisant la sortie. Cela ne sera donc pas le cas lorsque l'événement consiste en un fait qui est imputable à ce dernier, tel par exemple la cession du contrat ou l'inexécution contractuelle, sauf, en ce dernier cas, si seul le créancier peut connaître de l'événement ou si son appréciation est nécessaire pour caractériser le manquement, qui prend alors une coloration subjective. Et c'est dans ce cadre, comme nous l'avons déjà évoqué¹¹⁸³, que l'on peut songer à une certaine obligation de motivation, fondée sur l'obligation pour le contractant d'agir de bonne foi, laquelle permettrait alors d'éviter quelque peu le risque d'arbitraire, inhérent à l'appréciation subjective du bénéficiaire de la faculté.

532. Ainsi, pour reprendre un exemple que nous offre la jurisprudence¹¹⁸⁴, le bénéficiaire d'une clause lui autorisant de sortir du contrat en cas d'exploitation déficitaire devra informer son partenaire de cet état de fait. Plus encore, selon nous, il ne paraît pas incongru de lui imposer alors de motiver sa décision en donnant à son cocontractant tous des éléments permettant de s'assurer de la réalité de l'atteinte à son

¹¹⁸³ Cf. *supra*, et *infra*.

¹¹⁸⁴ Cass. com., 12 mai 1980, *Bull. civ.*, IV, n° 190. Cf. *supra*.

intérêt¹¹⁸⁵ : il s'agit ici de démontrer l'absence de rentabilité afin d'écarter le risque d'arbitraire dont pourrait être entachée la sortie. Si l'on comprend la réticence éventuelle du bénéficiaire de la faculté quant à la divulgation de certaines informations, cela doit être mis en balance avec le risque et les conséquences d'un contentieux initié par le cocontractant : la justification de la réalisation de l'événement peut permettre d'éviter un conflit. Le fondement d'une telle obligation peut alors être trouvé, sans originalité, dans l'exigence de bonne foi lors de l'exécution du contrat.

533. Le contrat peut d'ailleurs précisément prévoir le contenu de cette information à donner au partenaire, de même que le droit positif exige en principe que le débiteur défaillant soit mis en demeure. En ces cas, l'information de la survenance de l'événement portant atteinte à l'intérêt du titulaire de la faculté de sortie prend une autre importance puisqu'il s'agira du point de départ du délai pour tenter de rétablir le déséquilibre ainsi apparu.

B. La possibilité de remédier à la baisse d'intérêt subie

534. Nous nous attarderons ici sur deux types précis de stipulations autorisant la sortie anticipée de leur bénéficiaire : la *clause d'offre concurrente* – ou clause anglaise – et la *clause résolutoire*. Ces deux stipulations ont en commun de permettre la sortie de leur bénéficiaire en raison de la survenance d'un événement sur lequel l'autre partie peut influencer ensuite de sa réalisation : l'inexécution peut être corrigée, de même que le cocontractant peut s'aligner sur la meilleure offre d'un tiers reçue par le bénéficiaire¹¹⁸⁶. Une chance est donnée au cocontractant, au contrat.

535. Ainsi, la première peut prévoir l'obligation pour le titulaire de transmettre au cocontractant le contenu d'une – meilleure – offre qu'il aurait reçue d'une tierce personne pour la même prestation, afin que l'actuel partenaire puisse éventuellement s'aligner (1.). L'efficacité de la seconde est en principe subordonnée à la mise en demeure du débiteur, à qui on laisse alors une possibilité de s'exécuter (2.).

¹¹⁸⁵ *Contra* : Cass. com., 12 mai 1980, précité. La Cour confirme la décision des juges du fond ayant considéré, pour écarter l'existence d'une potestativité illicite, que « *que rien n'interdisait à la société [...] de faire vérifier en justice la réalité du préjudice* ».

¹¹⁸⁶ En réalité, plus précisément, la perte d'intérêt est constituée par l'inexécution persistante ou le non alignement du cocontractant sur l'offre émanant du tiers.

1. Clause anglaise et possibilité d'alignement¹¹⁸⁷

536. Nous avons présenté la clause d'offre concurrente comme une variante de la clause de résiliation, en ce qu'elle permet à son bénéficiaire de mettre fin à la relation en cas de survenance d'un événement déterminé par les parties¹¹⁸⁸. Mais, contrairement à la majorité des clauses de résiliation visant la réalisation d'une circonstance indépendante de la volonté des parties, l'atteinte à l'intérêt du bénéficiaire de cette stipulation trouve son origine dans une situation où le cocontractant a un « rôle » à jouer. Ainsi, plus précisément, la clause anglaise est une clause de résiliation autorisant son bénéficiaire à sortir du contrat au cas où il recevrait une meilleure offre d'un tiers, *et sur laquelle le cocontractant ne désire pas s'aligner*. Cela implique donc que le bénéficiaire doit informer son partenaire de l'offre reçue afin que ce dernier se prononce sur l'alignement qui lui est demandé.

537. On peut également envisager une clause qui permettrait à son bénéficiaire de contracter directement avec un tiers offrant, sans avoir à proposer à son actuel partenaire de s'aligner. En ce cas, la sortie, automatique, s'impose tant au bénéficiaire de la clause qu'à son cocontractant¹¹⁸⁹. Et cela ne devrait présenter alors que peu d'intérêt pour l'une et l'autre des parties : le bénéficiaire préférera très souvent, à conditions contractuelles égales ou semblables, continuer la relation avec un partenaire « éprouvé », pour le connaître parfois depuis de nombreuses années, alors que ce dernier souhaitera certainement ne pas perdre le bénéfice du contrat¹¹⁹⁰. La clause de meilleure offre peut encore, à l'inverse, prévoir un alignement automatique. En ce cas, aucune sortie n'est permise puisque par hypothèse aucune perte d'intérêt ne saurait être subie. C'est du reste ce que pratiquent les distributeurs s'engageant à rembourser la différence au consommateur qui trouverait à se procurer le produit moins cher auprès d'un autre distributeur. Mais il nous semble que cette variante ne trouve à « s'épanouir » que dans ce

¹¹⁸⁷ Sur la clause d'offre concurrente – ou clause anglaise –, *Cf. supra*.

¹¹⁸⁸ *Cf. supra*.

¹¹⁸⁹ La stipulation, sans lui imposer de faire part au partenaire de l'offre reçue, peut encore laisser le choix au bénéficiaire : poursuivre la relation ou contracter avec le tiers. Il lui serait alors possible de demander à son actuel partenaire de s'aligner avant de prendre la décision, même si cela n'est pas prévu par le contrat. Si l'on peut parvenir au même effet que celui d'une clause de meilleure offre « classique », il nous semble que la prévision par le contrat d'une procédure d'alignement permet de réduire le risque de contentieux.

¹¹⁹⁰ Nous concédons écarté l'opportunisme juridique qui pourrait conduire l'un ou l'autre des contractants à s'emparer du mécanisme créé pour sortir d'une relation qu'il ne désire plus pour d'autres raisons, non légitimes ; mais cette question ne saurait trop interférer dans le raisonnement puisque, d'une part, toute stipulation contractuelle est susceptible d'être détournée et, d'autre part, cela relève de la mauvaise foi ou à l'abus qui doit être sanctionnée.

domaine précis, où sa fonction relève davantage de la publicité que du rétablissement d'un déséquilibre contractuel¹¹⁹¹. On peut en effet penser, entre professionnels, que le cocontractant désirera quasi-systématiquement garder la maîtrise du coût facturé de sa prestation. Nous travaillerons donc sur cette version de la clause qui prévoit une option pour le cocontractant : s'aligner ou subir, éventuellement¹¹⁹², la sortie¹¹⁹³ de son partenaire. Contrairement à la clause résolutoire, aucune disposition légale ne vient spécifiquement régler la matière, de sorte que c'est ici la convention qui doit prévoir le déroulement du mécanisme, notamment la forme de l'information et son contenu¹¹⁹⁴ ; et cela devra être fait précisément afin de limiter le risque de contentieux.

538. Le contenu, tout d'abord, correspondra essentiellement à la notification par le bénéficiaire de l'offre qu'il a reçue d'un concurrent de son partenaire. Intervient alors une difficulté¹¹⁹⁵ qui devra nécessairement être envisagée par les parties lors de la rédaction du contrat : les offres doivent pouvoir être comparées. C'est dire tout d'abord qu'elles doivent être comparables, donc suffisamment détaillées ; il s'agit pour les parties de préciser leurs critères de comparaison – nature du bien ou du service, prix, quantités, délais... *etc.* –, de s'accorder en définitive sur ce qui constitue selon elles une *meilleure offre*¹¹⁹⁶. Cela implique, ensuite, que cette offre soit diffusée. Ceci peut alors poser problème au regard du droit de la concurrence, en ce que la clause, censée en principe bénéficier au consommateur qui voit les prix baisser, est également susceptible de fausser, de par la transparence tarifaire qu'elle institue, le libre jeu de la concurrence ; elle peut faciliter, par exemple, la collusion sur un marché donné de fournisseurs mis au courant

¹¹⁹¹ V. en ce sens J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, V° Clause anglaise ou clause d'offre concurrente par L. MERLAND, n° 130, 95.

¹¹⁹² En cas de refus du cocontractant de s'aligner, la sortie ne sera pas pour autant certaine. Les parties peuvent prévoir qu'en cas de refus d'alignement la sortie sera automatique, donc imposée au bénéficiaire. Mais nous ne voyons pas l'utilité d'un tel automatisme. Ainsi, plus raisonnablement, les contractants stipuleront que le bénéficiaire *pourra* – ou *aura la faculté* – de sortir de la relation, ce qui implique qu'il prenne une décision, comme pour toutes les clauses de résiliation « classiques » ; laquelle décision pourrait alors être celle de ne pas sortir, malgré l'existence d'une meilleure offre. On peut en effet imaginer que le bénéficiaire de la faculté ne désire pas la mettre en œuvre parce que, par exemple, le tiers ne lui inspire pas une confiance suffisante. En définitive, rien ne lui interdit, pour peu que la clause soit rédigée en ce sens, de tenter de diminuer le coût de la prestation tout en sachant que s'il n'y parvient pas, il ne quittera pas la relation pour autant. Cet opportunisme nous semble tolérable, pour peu que l'offre du tiers soit sérieuse et la procédure respectée.

¹¹⁹³ On peut encore envisager que la clause prévoit une « simple » faculté de suspendre les effets du contrat pour la durée qu'elle détermine. En ce cas, le bénéficiaire est autorisé à contracter avec le tiers sans sortir de la relation contractuelle initiale, mais les contractants devront soigneusement envisager les modalités de la reprise d'exécution.

¹¹⁹⁴ V. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 132, p. 96.

¹¹⁹⁵ Et l'importance du problème augmentera avec la complexité de la prestation en cause.

¹¹⁹⁶ J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*

des prix pratiqués par les concurrents¹¹⁹⁷. Pour ces raisons, le mécanisme que doivent privilégier les parties repose sur l'intervention d'un tiers, qu'il soit directement désigné par le contrat ou que l'acte prévoit une procédure pour sa nomination. Ce tiers connaîtra le contenu de l'offre fournie par le concurrent du cocontractant¹¹⁹⁸ et se prononcera, selon les critères de comparaison fournis par les parties, sur la valeur de ladite offre. Grâce à cette procédure, certes assez fastidieuse, une certaine objectivité est préservée. Cela permet de limiter le risque de contentieux et de garantir une certaine opacité, tout en ne ruinant pas l'éventuel effet pro-concurrentiel de baisse des prix.

539. La forme de l'information est bien entendu libre : les parties peuvent prévoir, par exemple, l'envoi d'un courrier simple, en recommandé avec demande d'accusé de réception ou le recours à un acte extrajudiciaire. Cela dit, toujours en considération de l'éventuelle preuve à rapporter, les parties feront bien de choisir un mode d'information laissant des traces. Enfin, le contrat devra encore prévoir la forme de la réponse du cocontractant, lequel devra indiquer s'il s'aligne sur l'offre du tiers ou s'il refuse¹¹⁹⁹. Dans l'affirmative, le contrat se poursuivra donc aux nouvelles conditions. À défaut d'alignement, le bénéficiaire de la clause pourra contracter avec le tiers, après l'avoir informé de sa volonté de sortir.

540. Avant d'aborder cette question de la décision de sortie et de sa notification, commune à l'ensemble des clauses qui nous occupent, nous devons nous intéresser à la mise en demeure.

*2. Clause résolutoire et mise en demeure du débiteur*¹²⁰⁰

541. La mise en demeure consiste en l'interpellation du débiteur défaillant par le créancier, lequel signifie ainsi au premier sa volonté de voir l'obligation exécutée dans un délai précisé. L'« obligation » de constituer en demeure le débiteur défaillant, avant de pouvoir mettre en œuvre le mécanisme conventionnel résolutoire, est souvent prévue par

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, n° 136, p. 99 et les références employées.

¹¹⁹⁸ Le cocontractant ne sera alors pas destinataire de l'offre de son concurrent mais, éventuellement d'une simple information, dans un premier temps, de l'existence d'une offre concurrente. Puis, dans un second temps, lui sera communiqué le résultat de l'analyse du tiers évaluateur de l'offre.

¹¹⁹⁹ Les parties pourraient également prévoir une possibilité de contre-proposition.

¹²⁰⁰ V. not. sur le sujet D. ALLIX, *Réflexions sur la mise en demeure*, JCP éd. G 1977, I, 2844 ; X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, JCP éd. G 1996, I, 3974 ; R. LIBCHABER, *Demeure et mise en demeure en droit français*, in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113 et s.

la loi, essentiellement d'ailleurs en ces domaines où la sortie est réglementée¹²⁰¹. L'article 1146 du Code civil dispose quant à lui clairement que les « *dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation* ». Mais nulle trace d'une véritable exigence générale et positive de constituer le débiteur en demeure avant de décider de la résolution du contrat¹²⁰² ou, d'ailleurs, de la déchéance du terme¹²⁰³.

542. Cependant, même en l'absence de disposition légale, le principe de l'exigence d'une mise en demeure, pour que soient acquis les effets d'une clause résolutoire¹²⁰⁴, semble bien établi lorsque les parties n'ont rien prévu, comme le précise la jurisprudence récente : « *la clause résolutoire ne pouvait être acquise de plein droit sans la délivrance préalable d'une mise en demeure restée sans effet, à défaut de mention expresse dispensant l'auteur de procéder à une telle formalité* »¹²⁰⁵. Dans le silence du contrat à ce propos, la mise en demeure doit être considérée comme une formalité nécessaire à l'efficacité de la clause résolutoire ; et il n'en ira autrement, dans les domaines où la loi le permet, que si les parties ont prévu que la résolution pourra intervenir sans sommation¹²⁰⁶.

¹²⁰¹ V. par ex., précisant en matière de baux d'habitation ou mixtes l'exigence d'une mise en demeure et les conditions de forme, l'article 24 de la loi n° 89-463 du 6 juill. 1989. V. ég. l'article 145-41 du Code de commerce en matière de baux commerciaux.

¹²⁰² Toutefois, selon l'article 1139 du même code, l'arrivée du terme ne constitue pas par elle seule le débiteur en demeure, à moins que le contraire n'ait été stipulé.

¹²⁰³ En l'absence de stipulation contraire, en effet, la jurisprudence exige du créancier, désireux prononcer la déchéance du terme initialement accordé au débiteur fautif dans l'exécution, de mettre ce dernier en demeure ; et ce sur le fondement de l'article 1146 du Code civil : v. Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997, n° 95-12.988, *inédit*. Ceci donne encore la mesure du rapprochement – de l'assimilation ? – opéré entre les deux types de stipulations.

¹²⁰⁴ On sait en revanche qu'en matière de résolution judiciaire il est généralement admis que l'assignation, sauf éventuelle clause contraire, vaut mise en demeure : v. entre autres Cass. civ., 19 oct. 1931, *DH* 1931, p. 357 ; Cass. com., 26 avr. 1977, *Bull. civ.*, IV, n° 118 ; Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 7 ; *JCP éd. G* 2001, IV, 1482 ; *Contr., conc., consom.* 2001, comm. n° 69, obs. L. LEVENEUR. La Cour de cassation a également déjà précisé que la mise en œuvre d'une condition résolutoire ne nécessitait pas l'envoi préalable d'une mise en demeure : Cass. 3^{ème} civ., 9 janv. 1980, *Bull. civ.*, III, n° 12 : « *en vertu de [l'article 1183 du Code civil] la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, opère, sauf stipulation contraire des parties, la révocation de l'obligation sans mise en demeure préalable* ». Nous avons déjà exposé notre pensée concernant cette distinction. En l'occurrence nous ne connaissons pas le contenu de la clause litigieuse, mais l'arrêt porte à croire qu'il ne s'agissait pas d'une stipulation contractuelle sanctionnant un manquement – auquel cas la Cour n'aurait probablement pas statué au visa de l'article 1183 du Code civil. On peut considérer qu'il s'agissait d'une autre circonstance qui était érigée en cause légitime de sortie et l'on ne voit alors pas pourquoi on devrait exiger une mise en demeure s'il n'est pas dans le pouvoir du cocontractant de corriger le déséquilibre survenu à la réalisation de l'événement.

¹²⁰⁵ CA Paris, 20 déc. 2000, RG n° 1999/14226, *JurisData* n° 2000-140997, confirmé sur ce point par Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *Bull. civ.*, III, n° 27 ; *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 55, obs. L. LEVENEUR. Nous préciserons que le « mélange des genres » n'est pas admis, en ce sens que la Cour de cassation a décidé qu'une assignation en résolution ne pouvait valablement se substituer à la mise en demeure prévue par le contrat pour la mise en œuvre de la clause résolutoire : Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-30.834, *inédit*.

¹²⁰⁶ Les contractants peuvent pour cela stipuler une faculté de sortie « *sans sommation* », préciser que le titulaire « *est dispensé d'avoir à mettre en demeure le débiteur* » ou encore que « *le contractant reconnaît*

543. Il n'est pas évident de trouver le fondement d'une telle exigence, qui en définitive ajoute à la loi des parties¹²⁰⁷ lorsqu'elles sont restées muettes sur ce point¹²⁰⁸ : celles-ci se sont déjà accordées sur la création et l'exécution d'obligations, une inexécution a eu lieu, et aucune sommation n'est prévue par le contrat, formalité que ne leur impose pas clairement le droit commun par ailleurs... On pourrait ainsi se demander pourquoi « *le simple échange des consentements ne suffit pas à assurer le caractère pleinement contraignant du rapport d'obligation* »¹²⁰⁹. Toutefois, même si l'on peut – doit – voir encore ici une manifestation du caractère restrictif de l'interprétation que fait la jurisprudence de la clause résolutoire¹²¹⁰, directement issu de la méfiance suscitée par cette clause, il n'est pas non plus saugrenu d'y voir l'application du principe d'exécution de bonne foi des conventions¹²¹¹. Le fondement de cette *charge*¹²¹² d'information consistant à prévenir le cocontractant de l'imminence d'une sanction, et donc de la possibilité de l'éviter, serait l'article 1134, alinéa 3, du Code civil. Mais il est alors difficile de concilier, de prime abord, cette conception de la mise en demeure avec la vision conduisant à considérer que cette formalité est « *nécessaire à l'existence de l'inexécution* »¹²¹³ ; et ce d'autant plus que l'on observe la possibilité pour les parties d'écarter cette mise en demeure.

544. Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une clause résolutoire, il nous semble qu'il faut distinguer selon le degré de précision du contrat et la nature de l'obligation en

avoir été mis en demeure par les présentes ». V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1977, *Bull. civ.*, III, n° 293 ; Cass. com., 2 mars 1999, n° 96-16.596, *inédit* ; CA Versailles, 5 avr. 2007, RG n° 06/00785 ; CA Paris, 19 oct. 2011, RG n° 10/20970.

¹²⁰⁷ Rapp., estimant que cela fait partie de la « *mise sous tutelle* » de la clause résolutoire, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 338 et s., p. 246 et s. et spéc. n° 350, p. 253 ; V. ég. X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, *art. cit.*, spéc. n° 2 : « *la nécessité pour le créancier de relancer son débiteur, ce en quoi consiste l'exigence d'une mise en demeure, accuse un certain déphasage avec le principe du consensualisme. On s'explique en effet mal pourquoi ce principe qui domine la formation de l'obligation perd tout d'un coup de sa vigueur lorsque vient le temps de son exécution. La nécessité d'accomplir une formalité en vue d'obtenir la sanction d'une inexécution semble indiquer que le simple échange des consentements ne suffit pas à assurer le caractère pleinement contraignant du rapport d'obligation* ».

¹²⁰⁸ On tempèrera les propos en concédant qu'en pratique, du fait d'une certaine standardisation répondant à l'interprétation restrictive de la jurisprudence, il est souvent prévu par le contrat que l'envoi d'une mise en demeure est nécessaire.

¹²⁰⁹ X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, *art. cit.*, n° 2.

¹²¹⁰ V. par ex. en ce sens F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 664, p. 675.

¹²¹¹ V. clairement en ce sens, X. LAGARDE, *art. cit.*, *loc. cit.*

¹²¹² V. entre autres, concernant cette qualification de *charge*, N. CAYROL, *Contrats et obligations, Mise en demeure*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1136 à 1145, fasc. 60, spéc. n° 12-13.

¹²¹³ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 153, p. 166. Comp. C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, T. 3 – Le contrat, Effets*, Economica, 6^{ème} éd., 2007, n° 663 et s., pp. 747 et s., qui y voit davantage un moyen de prouver l'inexécution.

cause ; trois situations peuvent *grosso modo* être envisagées. Les contractants ont tout d'abord pu prévoir un délai de rigueur pour l'exécution de l'obligation, soit qu'ils l'aient envisagé expressément, soit que l'on puisse le déduire de la convention¹²¹⁴. En ce cas, comme en ceux où cette formalité est expressément écartée ou lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire¹²¹⁵, la mise en demeure n'est pas nécessaire à l'établissement de l'inexécution, pas plus qu'à l'efficacité de la clause. À l'inverse, les parties ont pu prévoir l'existence d'une obligation sans qu'aucune date ou aucun délai ne soit précisé pour son exigibilité, par manque de minutie, parce que la nature de l'obligation l'impose¹²¹⁶, ou encore par stratégie. Il est donc évident dans cette hypothèse que le débiteur doit être constitué en demeure ; il s'agit ici, par l'effet d'une mise en demeure qui demeurerait vaine à l'issue du délai donné, de constituer l'inexécution elle-même. On ne saurait en effet permettre au créancier de considérer comme inexécutée une telle obligation puisque cela reviendrait à accepter une pure détermination unilatérale du contenu contractuel, en cours d'exécution et sans que cela ait été expressément prévu. Et la bonne foi d'intervenir à ce stade : si l'on doit bien admettre que l'obligation doit être à un moment donné exécutée, le créancier doit tout de même laisser un délai au débiteur. Comment en effet concevoir qu'un locataire puisse rompre le bail en raison de l'inexécution par le bailleur de son obligation de réparation du bien loué, alors même que ce dernier n'aurait pas été mis au courant des réparations à effectuer ? On voit bien ici le double rôle de la mise en demeure : informer le contractant de la survenance de l'événement et lui donner, alors, un délai pour s'exécuter.

545. Reste l'hypothèse, intermédiaire, dans laquelle l'exécution de l'obligation a été encadrée dans le temps par les parties, sans que l'on puisse y voir un délai de rigueur. En ce cas, en toute logique, l'inexécution est déjà consommée si le délai est dépassé, nul besoin de la constituer. Pourtant, on l'a dit, la mise en demeure est nécessaire au jeu de la

¹²¹⁴ V. par ex. Cass. com., 8 oct. 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 138 ; *RTD civ.* 2003, p. 503, obs. J. MESTRE et B. FAGES : il appartenait aux juges du fond de « *rechercher si, comme cela était soutenu, la nature des engagements souscrits, le caractère strict des délais, spécialement négociés, stipulés à la convention pour l'accomplissement d'obligations dont le créancier avait intérêt à obtenir l'exécution immédiate et dont les débiteurs ne pouvaient ignorer qu'elles étaient essentielles à la poursuite de la convention, n'impliquaient pas une renonciation tacite à l'exigence d'une mise en demeure* ». Il ne s'agissait pas en l'espèce de la mise en œuvre d'une clause résolutoire, mais d'une résolution demandée au juge sur le fondement de l'article 1184 du Code civil ; et si l'on connaît la rigueur du traitement de la clause résolutoire par la jurisprudence, cela donne cependant un exemple des indices de la dispense pouvant figurer au contrat.

¹²¹⁵ Il en effet admis que la mise en œuvre d'une clause résolutoire pour inexécution d'une obligation de ne pas faire ne nécessite pas la mise en demeure préalable du débiteur.

¹²¹⁶ On pense ici, par exemple, à l'obligation du bailleur de procéder aux réparations mises à sa charge par la loi ou le contrat : son exigibilité est suspendue à l'information par le débiteur de la nécessité de procéder auxdites réparations.

clause résolutoire si les parties n'ont rien prévu, ne serait-ce que parce que l'article 1139 du Code civil prévoit que le débiteur n'est pas en demeure par la seule échéance du terme. Il s'agit là d'un choix clairement assumé du droit français : favoriser le débiteur en exigeant du créancier une certaine coopération¹²¹⁷ puisque, et c'est important, cela va dans le sens de l'*exécution* du contrat au lieu de sa *disparition*. En cela, « *la mise en demeure est normalement orientée vers l'exécution de l'obligation* »¹²¹⁸. Ainsi peut-on comprendre, chaque fois que l'exécution de l'obligation est devenue inutile ou plus généralement que la poursuite du contrat est déjà compromise, que l'exigence d'une mise en demeure soit écartée¹²¹⁹ : celle-ci, au regard de l'objectif de sauvetage, est devenue sans intérêt, il n'y a plus de raison d'informer le débiteur¹²²⁰.

546. Mais, alors, il demeure étonnant – critiquable ? – de constater que les contractants ont la possibilité d'écarter la nécessité de sommer le contractant de s'exécuter¹²²¹ : on peut en effet se demander, lorsqu'ils n'ont pas stipulé un véritable délai de rigueur mais un « simple » délai, pourquoi l'on permet aux contractants d'écarter une manifestation des exigences de la bonne foi. C'est, autrement dit, poser la question de la disponibilité de ces exigences ; et pour ce qui est donc de la mise en demeure, il semble manifestement que les contractants en disposent. Peut-être le contexte intrinsèquement

¹²¹⁷ X. LAGARDE, *art. cit., loc. cit.*

¹²¹⁸ R. LIBCHABER, *Demeure et mise en demeure en droit français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé, art. cit., n° 4.*

¹²¹⁹ Il en sera ainsi lorsque l'exécution de l'obligation ne pouvait utilement se concevoir que dans un temps déterminé ou lorsqu'il s'agissait d'une obligation de ne pas faire. Cependant, si le contrat prévoit, malgré la nature de l'obligation en cause, l'envoi d'une mise en demeure, les parties devront s'y conformer : Cass. 3^{ème} civ., 22 juill. 1987, *Bull. civ.*, III, n° 152 ; *RTD civ.* 1988, p. 121, obs. J. MESTRE.

¹²²⁰ Rapp. X LAGARDE, *art. cit., spéc. n° 9.* Cet auteur qualifie la mise en demeure d'élément d'une procédure précontentieuse, préalable à la mise en œuvre d'une sanction et destiné à prévenir le débiteur. La nécessité de cette formalité doit donc être appréciée, selon lui, en fonction de son utilité au regard de cet objectif. Ainsi est-il cohérent de ne pas exiger de mise en demeure avant la mise en œuvre de l'action résolutoire, dans la mesure où le juge dispose alors de pouvoirs lui permettant d'apprécier l'opportunité de la résolution, donc de laisser une chance au débiteur. Ainsi encore, à l'inverse, ne serait-il pas saugrenu d'exiger une mise en demeure avant de se prévaloir efficacement d'une clause résolutoire en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire : bien que l'inexécution soit caractérisée et n'ait pas à être constituée par le jeu de la formalité, le débiteur pourrait encore être à même de satisfaire le créancier, en procédant à une remise en état par exemple.

¹²²¹ De plus, la clause résolutoire qui serait contenue dans un contrat liant un consommateur à un professionnel ne peut être considérée comme abusive en cela seul qu'elle dispenserait ce dernier de mettre en demeure le consommateur débiteur. La clause, si tant est qu'elle soit réciproque, n'est en effet pas directement visée par les articles R. 132-1 et suivants du Code de la consommation ou stigmatisée par la commission des clauses abusives. Si on peut estimer qu'une telle clause pourrait tout de même être reconnue abusive sur le fondement de l'article L. 132-1 du même Code, pour peu qu'il soit décidé qu'elle crée un déséquilibre significatif, la Cour d'appel de Versailles a déjà décidé du contraire à propos d'une stipulation autorisant chaque partie à rompre, sans mise en demeure ni préavis, en cas de manquement grave à une obligation essentielle : CA Versailles, 15 sept. 2005, *JurisData* n° 2005-283144 ; *JCP éd. G* 2006, II, n° 10029, note B. FAGES ; *Comm. com. électr.* 2005, n° 11, comm. n° 171, P. STOFFEL-MUNCK.

pathologique dans lequel se développe la mise en demeure¹²²² peut-il expliquer cette position inclinée vers la liberté contractuelle ; peut-être vaut-il mieux le souhaiter, car sinon « *se trouveraient menacées les nombreuses clauses par lesquelles les parties cherchent à encadrer ou à alléger les exigences de la bonne foi* »¹²²³. Quoi qu'il en soit, comme le relève si opportunément un auteur, « *l'ampleur des conséquences de la réponse fait hésiter à se poser la question...* »¹²²⁴. Nous reviendrons sur cette discussion à l'occasion de l'étude de l'exigence de préavis¹²²⁵.

547. Concernant la forme que doit revêtir la mise en demeure, il semble que le consensualisme¹²²⁶, quelque peu mis à mal en amont, récupère de sa vigueur en aval : lorsque la loi ne prévoit rien d'impératif, les parties sont relativement libres d'en choisir la forme. Si l'article 1139 du Code civil prévoyait initialement que le débiteur était mis en demeure « *par une sommation ou par un autre acte équivalent* », faisant ainsi référence aux actes extrajudiciaires, la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991¹²²⁷ est venue préciser que le créancier pouvait y procéder par l'envoi d'« *une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante* ». Ainsi, l'acte extrajudiciaire reste le mode « normal » d'interpellation ; mais l'envoi d'un courrier recommandé avec demande d'accusé de réception tend à s'imposer comme le moyen le plus courant d'interpeler le débiteur. Ce mode présente la souplesse du courrier tout en permettant au créancier de se ménager une preuve relativement fiable. C'est pourquoi d'ailleurs les contractants prévoient souvent, lorsqu'ils sont libres de le faire, que la mise en demeure devra être adressée sous cette forme. Si le contrat ne prévoit pas la forme, le sortant est en principe libre de choisir ; mais il devra néanmoins prendre le soin d'utiliser un mode de communication « laissant des traces » : en effet, sa liberté est en réalité toute relative si

¹²²² Doit-on considérer que l'exigence de bonne foi pesant sur le sortant pourrait être limitée – en usant de la liberté contractuelle – en raison du comportement du cocontractant, fautif par hypothèse ?

¹²²³ P. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com. 12 mai 2004, *RDC* 2004, p. 943.

¹²²⁴ *Ibid.*

¹²²⁵ *Cf. infra.*

¹²²⁶ Nous avons conscience d'employer ici ce terme de façon quelque peu « dévoyée », à tout le moins extensive, et ce pour la clarté de l'exposé. En effet, le consensualisme *stricto sensu* est une notion « inopérante » en matière d'acte unilatéral, puisqu'en réalité cela « *exprime une doctrine bien précise : le contrat est formé solo consensu, à savoir par le seul échange de volontés [...]. Il n'est alors nul besoin d'une forme extérieure à l'accord lui-même* » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 253 p. 215). Or l'acte unilatéral se définit précisément par l'absence de rencontre de volontés. Mais le terme, dans son acception large, a tout de même le mérite de traduire « *le principe de liberté des formes que peut revêtir la volonté dans la formation de l'acte juridique* » (*ibid.*, pp. 214-215).

¹²²⁷ Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, *JO* 14 juill. 1991, p. 9231 et *JO* 12 mai 1992, p. 6448 (rect.).

l'on songe au moment où il faudra prouver l'existence de la mise en demeure en cas de contestation sur la validité de la sortie¹²²⁸.

548. Quelle est alors la sanction du non-respect par le sortant de la forme prévue par les parties pour cet acte unilatéral ? Nous relèverons déjà qu'il est difficile de répondre à cette question, qui concerne en définitive l'ensemble des actes unilatéraux adressés à partie et qui nous occupera plus tard¹²²⁹, du fait d'une jurisprudence peu fournie et hésitante : alors qu'il est parfois décidé que le non-respect d'une forme imposée par la loi¹²³⁰ n'entraîne pas la nullité de l'acte s'il est prouvé par ailleurs qu'il a tout de même rempli son office¹²³¹, on peut trouver au moins une décision laissant entendre que la violation des stipulations contractuelles à ce propos entraîne la nullité de la sortie, même si la finalité allouée à la formalité de l'acte semble par ailleurs avoir été atteinte¹²³².

549. Au delà, enfin, du moyen de communication utilisé, une attention particulière doit être portée sur le contenu, sur le caractère suffisant de l'interpellation, sous peine de voir cet acte unilatéral annulé et donc la sortie entachée d'une irrégularité¹²³³ : d'une part, la volonté du créancier de voir l'obligation exécutée dans un certain délai doit clairement ressortir¹²³⁴ et, d'autre part, le débiteur doit être mis au courant de l'étendue de l'obligation en cause, de la nature des reproches qu'on lui adresse¹²³⁵ ; de manière générale, le contenu de l'interpellation ne doit pas être susceptible d'entraîner une confusion dans l'esprit du débiteur, et ce afin que la formalité ait une chance de remplir

¹²²⁸ V. ainsi récemment CA Grenoble, 26 mai 2011, *JurisData* n° 2011-016721 : les conditions générales d'un opérateur téléphonique prévoient qu'il était autorisé à se prévaloir de la résiliation de plein droit du contrat après envoi d'une lettre de mise en demeure en cas de non-paiement par le client dans un délai de 33 jours à compter de l'échéance. L'opérateur prétendit devant le tribunal, saisi par un contractant contestant la validité de la rupture décidée sur ce fondement, que ce fut le cas, mais n'en rapporta pas la preuve. La sortie a donc été jugée fautive, ce que confirma la Cour d'appel.

¹²²⁹ Cf. *infra*.

¹²³⁰ Lorsque cette même loi n'en prévoit pas la sanction.

¹²³¹ V. encore récemment, en matière de bail d'habitation, CA Nancy, 19 mai 2011, RG n° 09/01398 ; CA Douai, 29 sept. 2011, RG n° 10/06850.

¹²³² V. Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Procédures* 2007, comm. n° 33, obs. R. PERROT.

¹²³³ Cf. *infra*.

¹²³⁴ V. par ex., censurant, au visa de l'article 1134 du Code civil, les juges du fond ayant considéré comme valable l'interpellation du débiteur sans précision du délai imparti pour l'exécution : Cass. 3^{ème} civ., 31 oct. 1989, *Bull. civ.*, III, n° 200.

¹²³⁵ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1973, *Bull. civ.*, III, n° 337. V. encore, en matière d'exclusion d'un membre d'une association : Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, précité.

son rôle¹²³⁶. Si le contrat ne prévoit pas le délai, et en l'absence de dispositions légales impératives, il revient « naturellement » au créancier de le fixer¹²³⁷.

550. Il semble également que le rappel de la faculté du créancier de mettre en œuvre la clause résolutoire à l'issue du délai soit nécessaire à la validité de la mise en demeure, au titre toujours du caractère suffisant que doit revêtir l'interpellation¹²³⁸. Cette solution, récente – à confirmer ? –, n'était pas évidente¹²³⁹ puisque l'on peut tout à fait distinguer la volonté de voir le débiteur honorer son engagement de celle de résoudre le contrat¹²⁴⁰. Encore une fois, l'exigence de bonne foi est à l'œuvre et cela relève donc d'un choix, en l'occurrence celui de donner une certaine teneur à l'information du débiteur de la sanction qui l'attend s'il n'exécute pas à l'issue du délai¹²⁴¹. De toutes manières, en pratique, le rappel du risque de résolution est souvent effectué à cette occasion¹²⁴². Cependant, il nous revient ici d'être plus précis, car le créancier possède une option¹²⁴³ :

¹²³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 3 oct. 2007, *Bull. civ.*, III, n° 161 ; *Loyers et copr.* 2007, comm. n° 245, note P.-H. BRAULT ; *Defrénois* 2008, art. 38712, p. 197, note L. RUET. La Cour régulatrice confirme la position des juges du fond ayant décidé que « les irrégularités ou les imprécisions affectant cet acte n'avaient pas permis [au débiteur] de prendre la mesure exacte des injonctions et d'y apporter une réponse appropriée dans le délai requis ».

¹²³⁷ V. Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 1962, *Bull. civ.*, I, n° 187 : « attendu que la clause résolutoire [...] ne prévoyait qu'un simple commandement de payer resté sans effet et qu'ainsi le créancier restait libre de fixer lui-même le délai pendant lequel le paiement devait intervenir ». En l'espèce, le créancier exigeait l'exécution dans les vingt-quatre heures suivant la réception du commandement. À l'heure actuelle, compte-tenu d'une certaine intensification du caractère restrictif de l'interprétation de la clause résolutoire, il est douteux qu'un tel délai puisse être accepté : une exécution de bonne foi est exigée du créancier, lequel peut par exemple voir sa mise en demeure privée d'effet lorsqu'elle est adressée en période de vacances : v. Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1976, *Bull. civ.*, III, n° 465 ; *RTD civ.* 1977, p. 340, obs. G. CORNU. La Cour de cassation a également censuré une cour d'appel ayant validé une mise en demeure d'avoir à procéder au ravalement de façade d'un immeuble dans le délai d'un mois, car « en statuant ainsi, sans rechercher, comme il était demandé, si, compte tenu des délais nécessaires à l'exécution des travaux, eu égard à leur nature et à leur importance, la clause résolutoire n'a pas été mise en œuvre de mauvaise foi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 1991, *RTD civ.* 1992, p. 92, obs J. MESTRE). Sur ce point *cf. infra*.

¹²³⁸ V. en ce sens Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juin 2011, *Bull. civ.*, II, n° 89. La reproduction de la clause résolutoire, si elle permet à notre sens d'interpeler suffisamment le débiteur, ne nous semble pas être indispensable, pourvu que le risque d'une sanction apparaisse clairement.

¹²³⁹ Bien entendu, lorsque le contrat prévoit lui-même que la mise en demeure doit indiquer l'intention du bénéficiaire de la clause de s'en prévaloir à l'expiration du délai, la stipulation devra être respectée par le sortant.

¹²⁴⁰ *Contra* : N. CAYROL, *Contrats et obligations, Mise en demeure*, JurisClasseur Civil Code, art. 1136 à 1145, n° 5 et s. L'auteur s'attache au caractère comminatoire de l'acte qui implique, notamment, qu'il comporte la menace d'une sanction en cas de non-respect du délai.

¹²⁴¹ Si l'objectif de sauvetage – d'exécution – du contrat que renferme également l'exigence d'une mise en demeure devait prévaloir, le bénéficiaire, après avoir mis en demeure son cocontractant de s'exécuter dans un certain délai, pourrait bien déclarer sa volonté de résoudre à l'expiration dudit délai seulement, à l'occasion donc d'une nouvelle information.

¹²⁴² Il est en effet souvent rappelé dans la mise en demeure qu'à l'issue du délai le créancier aura la faculté de prononcer la résolution. D'ailleurs, la loi impose parfois que la mise en demeure mentionne la faculté de résoudre le contrat à l'expiration du délai accordé : v. par ex. l'article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 applicable en matière de baux d'habitation ou mixtes.

¹²⁴³ Si le contrat ne prévoit pas précisément le contenu de la mise en demeure.

prévenir le débiteur qu'à l'expiration du délai mentionné la résolution *interviendra* ou *sera acquise* – automatiquement – ou lui indiquer qu'il se réserve alors « seulement » la *faculté* de mettre en œuvre le mécanisme résolutoire, ce qui implique de prendre une décision à l'issue du délai et de la notifier au cocontractant¹²⁴⁴. À ce sujet, évidemment, la mise en demeure devra respecter les prévisions contractuelles pour éviter tout risque de contentieux. Ainsi, lorsqu'un mandataire est chargé par le créancier de mettre le débiteur en demeure¹²⁴⁵, il faudra que son mandant s'assure que le contenu de l'interpellation respecte les prévisions du contrat afin de limiter tout risque de contentieux¹²⁴⁶. Mais nous débordons déjà sur l'étude de la volonté de sortir.

§2 La décision de sortir

551. En dehors de l'information de la survenance d'un événement déstabilisant, qui relève du bon sens, la question de la nécessité et du contenu de l'information à fournir au contractant « subissant » la sortie du titulaire de la faculté dépend essentiellement, nous semble-t-il, de la nature que l'on veut bien attacher à la sortie : est-ce une technique relevant du contrat ou de l'acte unilatéral¹²⁴⁷ ? Et cette question, bien entendu, est étroitement liée à celle de la nature de la stipulation, comme nous l'avons vu.

552. Dans le premier cas, celui d'une sortie-technique relevant du contrat, la volonté unilatérale du bénéficiaire n'a pas sa place au moment de la mise en œuvre. La sortie procède clairement du consentement initial des parties au contrat – et plus précisément de l'accord portant sur la clause. Elle est automatique, en ce sens qu'elle ne nécessite aucune prise de décision et donc aucune déclaration de volonté une fois

¹²⁴⁴ La situation envisagée pourrait être celle-ci : la clause prévoit notamment que « *le contrat pourra être rompu, si bon semble au créancier, après l'envoi d'une mise en demeure de s'exécuter par lettre recommandée, rappelant cette clause, et demeurée vaine à l'issue d'un délai d'un mois suivant sa réception* ». À l'issue dudit délai, en cas de persistance de l'inexécution et s'il désire sortir, le créancier devra nécessairement en informer son cocontractant : v. par ex. CA Versailles, 12 oct. 2001, *JurisData* n° 2001-187656.

¹²⁴⁵ Nous pensons ici au rôle dévolu aux huissiers en matière de baux, par exemple, ou encore aux prestations des sociétés de recouvrement.

¹²⁴⁶ Il est en effet fréquent de constater que les commandements délivrés par les huissiers en vue de mettre en œuvre la clause résolutoire d'un bail ne correspondent pas aux prévisions des parties : alors que le contrat prévoit souvent qu'à l'issue d'un commandement demeuré sans effet le bailleur « *aura la faculté* » de résilier le bail, le commandement peut préciser qu'à l'issue du délai accordé, le contrat « *sera résilié de plein droit* ». La faculté du créancier se mue alors en automatisme et des doutes sont inutilement créés : le commandement est-il valable ? Une déclaration de volonté du bailleur à l'expiration du délai accordé par l'acte est-elle nécessaire ?

¹²⁴⁷ Comp. le questionnement de R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 44 p. 56.

l'événement survenu. On retrouve, sur cet aspect, la condition résolutoire telle que l'ont conçue les rédacteurs du Code civil.

553. Dans le second, la volonté du bénéficiaire est nécessaire. Il convient là de distinguer d'un point de vue technique la mise en place de la mise en œuvre : la première est de nature conventionnelle, puisque l'existence de la faculté, le droit de se prévaloir de la survenance d'un certain événement, trouve son origine dans la rencontre des volontés. Mais point la sortie elle-même : celle-ci relève de la technique de l'acte unilatéral ; en effet, cet acte que constitue la sortie ne traduit pas « *une conciliation entre des intérêts contradictoires* »¹²⁴⁸ mais, à l'inverse, « *exprime toujours l'intérêt d'une partie unique* »¹²⁴⁹, en l'occurrence celui du contractant désirant la sortie. Une fois né, le droit de sortie est exercé dans le cadre d'un acte unilatéral, la sortie. La simple volonté unilatérale du titulaire de la faculté, correctement acheminée vers son destinataire, va produire des effets de droit que va subir ce dernier, en passe d'être délaissé. On voit alors bien les rapports entretenus avec le concept de droit potestatif – et plus précisément de sujétion¹²⁵⁰ –, en même temps que l'on ne peut cacher cet unilatéralisme de la sortie derrière l'origine conventionnelle de la faculté. On est ici en présence de la condition résolutoire telle qu'amendée par la pratique en raison de l'inadaptation du régime de cette modalité aux figures contractuelles contemporaines et aux besoins des opérateurs économiques.

554. Ainsi, les contractants nous paraissent avoir le choix au moment de la formation du contrat, en raison de la liberté contractuelle et du principe du consensualisme. Plus encore, il leur est en quelque sorte imposé de prendre une décision à cet égard, les mots les plus anodins en apparence pouvant peser sur la qualification : ils doivent opter entre une sortie qui ne serait qu'une suite « quasi-naturelle » de la rencontre initiale des volontés, ce qui appelle un certain automatisme (**A.**) et une sortie qui relève de la technique de l'acte unilatéral, véritable faculté, ce qui implique une information directement issue du régime de ce type d'acte lorsqu'elle est mise en œuvre (**B.**).

¹²⁴⁸ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *l'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse Toulouse, 1949, n° 39, p. 47.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ *Cf. supra.*

A. La sortie automatique

555. Nous le concèderons d'emblée, à la suite de plusieurs auteurs d'ailleurs¹²⁵¹, les stipulations prévoyant une sortie anticipée automatique sont extrêmement rares ; et il ne nous paraît pas juste d'y voir la conséquence d'un contenu qui permettrait d'éviter le litige plutôt que l'effet de la rareté, laquelle peut aisément s'expliquer par les effets que produit ce type de stipulations. Et ce constat ne permet point d'en préjuger l'illicéité. Simplement, il suffit, en dehors des cas d'impositions légales impératives des modalités, que la clause respecte les conditions de validité telles que nous les avons déjà abordées : la stipulation ne saurait être invalidée parce qu'elle prévoit que la survenance de l'événement érigé en cause de sortie entraîne la fin automatique du contrat. Nous ne nous attarderons donc pas sur la question, afin de nous pencher davantage sur la rédaction de la clause, sur l'importance des mots.

556. Nous relèverons tout d'abord que, malgré l'apparence, l'emploi des termes « *de plein droit* »¹²⁵² n'implique pas l'automatisme de la sortie : cela signifie seulement que le juge n'a pas à être saisi pour que la rupture soit prononcée. L'utilisation de cette expression ne trouve alors une réelle utilité, nous semble-t-il, que pour la clause résolutoire, puisque le juge ne peut en principe être saisi qu'en cas d'inexécution pour que soit prononcée la rupture du contrat. De même, toujours dans le domaine du manquement contractuel, la sortie ne sera pas automatique par cela seul qu'il est prévu une mise en œuvre « *sans sommation* ». La dispense de mise en demeure n'équivaut pas forcément à une sortie automatique, car si la mise en demeure est une forme d'information complexe pouvant contenir la déclaration de volonté de sortir, ce n'est pas systématique : d'une part, en effet, la mise en demeure peut ne pas contenir cette déclaration de volonté du créancier de résoudre le contrat à l'échéance du délai accordé. Il en ira ainsi lorsque les parties auront prévu dans leur contrat¹²⁵³ que, suite à une mise en demeure demeurée vaine, la relation sera terminée « *si bon semble* » au créancier. Celui-ci garde donc la possibilité, à l'échéance du délai de régularisation resté infructueux, d'opter pour la continuation ou pour la sortie ; s'il emprunte cette dernière voie, il devra le notifier au débiteur. D'autre part, les parties peuvent encore prévoir que le créancier, en cas de manquement, aura la faculté de résoudre le contrat sans sommation ; en ce cas, la

¹²⁵¹ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 161, p. 174.

¹²⁵² Par ex. : « *le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution par le contractant [...]* ».

¹²⁵³ Si le contrat ne précise pas, cela pourra encore être mentionné dans la mise en demeure.

nécessité de mettre en demeure est écartée, mais pas celle de prendre une décision sur l'avenir de la relation.

557. Il convient encore de préciser que ce n'est pas la nécessité de cette déclaration de volonté qui doit être écartée pour que la sortie soit parfaitement automatique, mais, en amont, l'exigence même d'une volonté. Car l'on n'entend pas qu'une volonté puisse avoir un effet, même automatique, sans être déclarée ; donc à l'absence de déclaration doit correspondre une absence de volonté. Pour cela, en premier lieu, les parties pourront expressément indiquer que la rupture interviendra « *automatiquement* ». Ensuite, on peut encore envisager qu'il soit prévu que le contrat « *sera* » rompu par la survenance de l'événement. Cette clause nous semble écarter toute nécessité de prendre une décision, si d'autres formalités destinées à déclarer une volonté au cocontractant ne sont pas prévues par ailleurs¹²⁵⁴. Il nous paraît en effet possible de l'opposer à la formule prévoyant que « *le contrat pourra être rompu* » ou que le contractant « *aura la faculté de rompre* ». Par prudence, on conseillera tout de même au rédacteur de ne laisser aucun doute sur l'automatisme du mécanisme. Ainsi, une clause résolutoire, pour dérouler un effet automatique, devra écarter toute nécessité pour le créancier de prendre une décision une fois l'inexécution constatée : la stipulation, que l'on dénomme alors *pacte commissoire*¹²⁵⁵, devra envisager que le contrat sera automatiquement rompu en cas de manquement par le débiteur.

558. À l'inverse, l'automatisme n'exclut pas assurément la nécessité de principe de mettre en demeure le débiteur. Cela devra donc, par précaution, faire l'objet de précisions, mais il faut alors garder à l'esprit que la sortie perd nécessairement de son automatisme : si la sortie est automatiquement acquise en cas de persistance de l'inexécution à

¹²⁵⁴ La prévision d'une déclaration de volonté implique, nous semble-t-il, l'existence d'un rôle pour la volonté ; ce qui écarte naturellement toute automatisme. Ainsi, par exemple, la clause qui prévoirait que « *le contrat sera rompu en cas de [...] deux mois après réception par le cocontractant d'un courrier recommandé [...]* » ne saurait selon nous entraîner une rupture automatique : un courrier est nécessaire, portant déclaration de volonté au cocontractant. V. pourtant *contra* CA Versailles, 5 avr. 2007, RG n° 06/00785, les juges qualifiant de clause résolutoire « *entraînant la résolution automatique du contrat* » une stipulation prévoyant que « *le contrat sera résilié de plein droit sans aucun préavis ni indemnité et sans autre formalité qu'une lettre recommandée avec avis de réception, si le distributeur venait à manquer à l'une ou l'autre des ses obligations essentielles [...]* ». En l'espèce, ledit courrier a bien été adressé, dont on pourrait envisager qu'il s'agisse d'une formalité uniquement destinée à fixer une date pour la rupture intervenue automatiquement. Mais alors, si elle n'est pas respectée, des questions ne manqueraient pas de se poser : que se serait-il passé si le créancier n'avait pas envoyé le courrier visé par la clause ? Comment en ce cas faire valoir, efficacement, la résolution du contrat ?

¹²⁵⁵ V. par ex. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., V° Clause résolutoire par J.-M. MARMAYOU, n° 1665, p. 945.

l'expiration du délai prévu par la mise en demeure, c'est bien que le créancier de la clause, lorsque survient l'événement, doit mettre en demeure le débiteur ; il a alors une « option de fait », en quelque sorte, puisqu'il peut choisir, malgré la réalisation de l'événement, de ne pas mettre en demeure son cocontractant. Enfin, l'automatisme ne doit pas être perçue comme impliquant une dispense d'avoir à respecter un délai de préavis ; cela devra être également prévu par le contrat et engendre les mêmes conséquences : comment concevoir qu'un délai de préavis puisse être respecté sans qu'une notification soit intervenue pour faire partir ledit délai ? En conséquence, puisqu'il existe de nouveau la possibilité de ne pas faire démarrer le délai – en n'adressant aucune notification à la suite de la survenance de l'événement –, la sortie réellement *automatique*, parfaitement détachée de toute volonté en cours d'exécution contractuelle, ne peut être que celle qui est également *immédiate*.

559. En tout état de cause, si le titulaire de la clause se trouve ainsi *dispensé* d'avoir à déclarer sa volonté au cocontractant, ce qui peut présenter l'avantage de la célérité, il se trouve également *obligé* : une fois l'événement survenu, si aucune décision n'est nécessaire, aucun choix n'est non plus possible. La sortie s'impose au titre du respect de la volonté commune des parties. Le bénéficiaire n'est plus titulaire d'une faculté mais tributaire d'un mécanisme dont le jeu ne pourra être empêché que par un nouvel accord de volonté. On comprend alors mieux la rareté de telles stipulations puisque le contractant pourrait préférer donner une chance au contrat en choisissant, malgré la survenance de l'événement, de poursuivre la relation¹²⁵⁶. Ici encore, c'est-à-dire au stade de la mise en œuvre de la clause de sortie – et plus précisément de la volonté de son titulaire de s'en prévaloir –, c'est l'intérêt du bénéficiaire qui prévaut ; et l'on voit encore que la sanction du débiteur n'est qu'un effet secondaire.

560. Le bénéficiaire d'une clause résolutoire pourrait désirer laisser une chance au débiteur défaillant de s'exécuter dans le délai d'une mise en demeure ou même fermer les yeux sur une inexécution minime qui, bien que visée par ladite stipulation, ne porte pas en définitive une atteinte suffisante à l'intérêt du créancier de voir la relation perdurer¹²⁵⁷. Dans ce cadre, une stipulation semble intrinsèquement se détacher des autres : la clause

¹²⁵⁶ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, op. cit., n° 161, p. 174.

¹²⁵⁷ Cela peut alors relever de la *renonciation* ou d'une simple *tolérance*. Le créancier devra alors faire attention et faire connaître ses intentions s'il n'entend pas renoncer à son droit de résoudre la convention mais seulement tolérer un nouveau délai. Il devra également avoir le souci de ne pas créer chez le cocontractant une croyance légitime en la continuation malgré la survenance de l'événement. Cf. *infra*.

de déchéance du terme¹²⁵⁸ en cas de manquement du cocontractant dans ses remboursements ; en effet, il pourra être plus intéressant pour le prêteur d'accorder un délai supplémentaire pour le paiement d'une échéance, et/ou d'exiger des garanties supplémentaires, plutôt que d'imposer le remboursement immédiat de l'entière somme. Si le débiteur éprouve une difficulté pour le remboursement d'une partie de la somme empruntée, il ne semble pas forcément judicieux d'exiger de lui le paiement d'un montant par hypothèse supérieur¹²⁵⁹, sauf s'il apparaît que la difficulté va en l'occurrence demeurer et rendre impossible tout remboursement à venir. De même, bien évidemment, l'apparition d'une circonstance extérieure au contrat – augmentation du coût d'une matière première nécessaire à l'exécution d'une obligation, par exemple –, et envisagée par les parties comme une cause légitime de sortie, peut ne pas suffire à entamer l'intérêt du titulaire de la faculté pour la continuation de la relation.

561. Il apparaît en définitive assez clairement que l'automaticité du jeu de la condition résolutoire, classiquement appréhendée, cadre mal avec les nécessités de la pratique, en éternelle quête de souplesse. Ce caractère, qui ne présente guère d'avantage, rend le mécanisme de sortie trop rigide. Et ce n'est pas là le seul travers d'une sortie voulue automatique, si l'on veut bien considérer qu'en pratique il pourrait être difficile de prouver la rupture et d'arrêter une date¹²⁶⁰ pour la cessation des effets du contrat¹²⁶¹.

562. Pour toutes ces raisons qu'il était utile de rappeler, les parties préféreront le plus souvent se ménager une véritable *faculté* de sortie, un « droit d'option » entre la poursuite du contrat ou sa cessation, ce qui implique la nécessité de prendre une décision et, donc, d'en informer l'autre partie.

¹²⁵⁸ Cf. *supra*.

¹²⁵⁹ Concrètement, toujours au regard de l'intérêt du prêteur de voir le montant remboursé, si l'emprunteur ne paie pas une échéance parce qu'il n'en a pas les moyens, comment arriverait-il à payer une somme supérieure correspondant au capital et aux intérêts échus impayés, voire ceux à échoir ? Bien entendu, l'existence d'une caution solvable est de nature à remettre en cause le raisonnement, si tant est qu'il soit prévu que le prononcé de la déchéance du terme à l'égard du débiteur principal s'étend à la caution.

¹²⁶⁰ Le cas échéant, et en l'absence de précision dans le contrat, la date à prendre en compte devrait être celle de la réalisation de l'événement.

¹²⁶¹ Pourrait-on aller plus loin en estimant qu'une telle rupture puisse être considérée comme abusive, car trop brutale ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où, à la différence d'une rupture brutale « classique », c'est-à-dire dont la brutalité procède d'une décision unilatérale intervenant à contretemps, celle-ci procède justement de la rencontre initiale des volontés ayant créé un tel automatisme. Il n'y a pas là d'abus dans l'utilisation d'une faculté puisqu'il n'y a pas, en réalité, de faculté.

B. La notification de la volonté de sortir

563. Si la sortie n'est pas automatique c'est qu'elle relève, comme on l'a dit, de la technique de l'acte unilatéral¹²⁶². Les parties, en effet, ont prévu que l'une d'entre elles pourrait, au cas où un certain événement survienne, sortir de la relation. La validité de la faculté trouve son origine dans la rencontre des volontés qui l'ont instituée, mais c'est la volonté du seul bénéficiaire de la clause qui va désormais produire des effets, pour peu qu'elle soit correctement dirigée. Épousant donc le régime de l'acte unilatéral réceptice¹²⁶³, il s'agit du « dernier » et du plus important contenu informatif que le bénéficiaire de la faculté doit transmettre à son futur ex-partenaire en vue de sortir effacement de la relation : il a la volonté de sortir de la relation (1.), ce qu'il doit alors notifier au cocontractant (2.).

1. La décision de sortie

564. En premier lieu, le bénéficiaire de la clause doit prendre la décision de mettre un terme à la relation. À n'en pas douter, l'acte unilatéral qu'est la sortie « *nécessite pour sa formation une manifestation de volonté du titulaire du droit de rompre. Celle-ci doit être claire et non équivoque. Celui qui s'en prévaut doit prouver son intention de faire cesser le contrat* »¹²⁶⁴. Il en va ici de la validité de cet acte juridique et donc, en pratique, de l'efficacité de la sortie décidée sur le fondement d'une clause du contrat.

565. La volonté de sortir de la relation doit donc être claire et non équivoque, ce qui pose naturellement la question de l'expression de cette décision : peut-elle être tacite ?

¹²⁶² Nous n'aborderons qu'à la marge la question des conditions de fond de validité de l'acte unilatéral que constitue la sortie. Nous renvoyons le lecteur aux développements de Mme Corgas-Bernard (C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.*, spéc. n° 746 et s., pp. 335 et s.) et aux références employées. L'auteur conclut à la portée – très – limitée des conditions de fond de l'acte unilatéral ; d'une part parce qu'il est difficile de transposer de manière générale les conditions de validité du contrat à cet acte juridique et, d'autre part, parce que ces conditions ont essentiellement pour but de protéger leur auteur contre un acte vicié, or le sortant a très rarement intérêt à revenir sur sa décision. V. encore R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n° 187 et s., p. 174 et s. et J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. préc., spéc. n° 206 et s., p. 197 et s.

¹²⁶³ Nous ne discuterons pas en effet de ce caractère « réceptice » : la rupture du contrat par l'effet d'une volonté unilatérale « *paraît constituer le type de l'acte dont l'existence est subordonnée à une notification* » (J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 181, p. 175). Et l'auteur de préciser que le caractère réceptice dépend ici du but de l'acte. L'acte unilatéral est réceptice car « *il tend à porter directement atteinte aux droits d'autrui* », en l'occurrence le cocontractant subissant la sortie, lequel ne peut plus se prévaloir des droits issus du contrat (*ibid.*, n° 187, p. 181). V. ég. B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse (dactyl.) Paris, 1973, spéc. p. 47 et s.

¹²⁶⁴ C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.*, n° 722, p. 345 et les références employées.

Pour la sortie unilatérale, de manière générale, on peut répondre par l'affirmative, dans la mesure où l'on ne voit pas ce qui pourrait en théorie empêcher qu'une manifestation de volonté tacite produise ses effets, pour peu, puisqu'il s'agit d'un acte réceptice, que « *le procédé tacite utilisé comporte la direction réclamée* »¹²⁶⁵. Simplement, en cas de contentieux, le sortant devra être en mesure de prouver l'existence de sa volonté et sa notification au cocontractant, ce qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Cependant, en pratique et pour ce qui nous concerne – c'est-à-dire lorsque la sortie est exercée en vertu d'une clause du contrat –, l'affirmation doit être nuancée, voire abandonnée en certains cas.

566. Tout d'abord, donc, nous la nuancerons pour ce qui est de la mise en œuvre d'une clause de sortie qui ne prévoirait pas de procédure de notification. L'hypothèse est celle-ci : une stipulation du contrat prévoit bien la faculté pour l'un des contractants de sortir de la relation en cas de survenance d'un événement déterminé, sans pour autant en prévoir les conditions de mise en œuvre. En ce cas, en l'absence de formalisme légal¹²⁶⁶, il faut bien admettre que le titulaire de la faculté peut décider tacitement de sortir, tant que sa volonté est claire et non équivoque et qu'il l'a portée à la connaissance de l'autre partie. Pourtant, si la validité de la sortie ne saurait être remise en cause par cela seul qu'elle est exprimée de manière tacite, le problème sera très certainement reporté sur la forme de la notification, c'est-à-dire sur la méthode d'extériorisation de la volonté de sortir, nécessairement adressée au cocontractant ; au-delà de ces considérations, c'est la preuve de la sortie en cas de contentieux qui en sera affectée. C'est pourquoi, en pratique, les clauses de sortie prévoient systématiquement une procédure de déclaration de volonté¹²⁶⁷.

567. Et ce cas de figure, qui est de loin le plus fréquent, oblige ensuite à considérer autrement le mode d'expression de la volonté du sortant. En prévoyant une procédure de notification de la décision de sortir de leur relation, les parties n'instituent-elles pas entre elles un formalisme obligatoire ? Plus précisément, n'érigent-elles pas alors en condition

¹²⁶⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 177, p. 172.

¹²⁶⁶ Dans de nombreuses matières un formalisme est en effet imposé pour l'exercice de la sortie. Mais il s'agit alors systématiquement de l'exercice d'une faculté légale de sortie. Si le législateur prévoit parfois un droit de sortie sans en préciser les modalités d'exercice – nous pensons aux cas particuliers des contrats d'intégration agricole et de crédit-bail immobilier, sur lesquels *cf. supra* –, l'inverse ne trouve pas sa place dans notre droit, mis à part peut-être les exigences relatives à la mise en demeure du débiteur défaillant avant mise en œuvre d'une clause résolutoire.

¹²⁶⁷ Le titulaire devra faire connaître sa volonté de sortir en la notifiant à son cocontractant par l'envoi d'un courrier recommandé le plus souvent, ou par acte extrajudiciaire, pour des raisons évidentes de preuve.

de validité de l'acte unilatéral – la sortie – une condition de forme de sa notification¹²⁶⁸ ? Si ces prescriptions contractuelles ne sont pas respectées, la sortie peut certainement être qualifiée de « fautive », mais il restera encore à en déterminer les conséquences¹²⁶⁹.

568. Car il s'agit d'un acte unilatéral réceptice, l'extériorisation de la volonté du sortant et sa notification au futur ex-partenaire sont étroitement liées : la première n'est pas suffisante pour produire les effets attendus de la sortie¹²⁷⁰ et la seconde contient alors celle-ci.

2. La notification de la sortie

569. Nous ne nous attarderons pas sur cette exigence générale de la sortie¹²⁷¹, sur cette évidence qui relève du bon sens : la volonté de sortir ne doit pas demeurer dans le for intérieur du contractant. La sortie doit être portée à la connaissance du cocontractant¹²⁷² par le titulaire de la faculté¹²⁷³ pour qu'elle lui soit opposable¹²⁷⁴. Il n'est

¹²⁶⁸ V. en ce sens, N. CAYROL, *Contrats et obligations, Mise en demeure*, JurisClasseur Civil Code, art. 1136 à 1145, fasc. 60, n° 79. Si les propos de l'auteur concernent la mise en demeure préalable à la mise en œuvre d'une clause résolutoire, qui n'est pas en ce cas l'acte unilatéral de sortie à proprement parler, les remarques peuvent être transposées.

¹²⁶⁹ Cf. *infra*.

¹²⁷⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n° 262, p. 223.

¹²⁷¹ En ce sens qu'il n'y a là rien de spécifique à la sortie par mise en œuvre d'une stipulation contractuelle. V. not. sur la notification de l'acte unilatéral réceptice J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 196 et s., p. 188 et s. ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n° 262 et s., p. 223 et s. ; en dernier lieu, sur l'acte unilatéral réceptice nécessaire à la résiliation unilatérale, C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 785 et s., p. 351 et s.

¹²⁷² Il convient tout de même de préciser que le destinataire de l'acte peut ne pas être celui qui en subira les effets : il s'agit de distinguer le destinataire *matériel* de l'acte de son destinataire *immatériel* (V. sur la distinction J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 178-179, pp. 173-174). Le contrat peut en effet – très rarement cependant – prévoir l'envoi de la notification à une tierce personne, laquelle devra informer le contractant de la sortie. Cette personne sera alors responsable d'une partie de la transmission de l'information nécessaire à la sortie. Outre l'exemple, classique – désuet ? –, de la notification du congé au concierge dans le cadre d'un contrat de bail de droit commun, on doit envisager cette hypothèse lorsqu'il s'agit de sortir d'un contrat ayant créé une personne morale (société, association...*etc.*), qui peut alors « centraliser » l'information et la transmettre à ses membres activement (nouvelle notification) ou passivement (mise à disposition).

¹²⁷³ En l'absence de précision, c'est le sortant, partie au contrat, qui doit notifier sa volonté pour qu'elle soit suivie d'effets. L'envoi par un tiers « non qualifié » ne saurait en effet constituer la sortie (v. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 196, p. 189). On peut envisager toutefois que les parties aient prévu une notification par un tiers, représentant en quelque sorte les intérêts du sortant. Ainsi en est-il parfois en matière de clause d'offre concurrente ou « clause anglaise », s'il est stipulé que c'est le tiers « évaluateur » de l'offre concurrente qui fera connaître la décision du contractant bénéficiaire de la clause. De même, bien évidemment et plus largement, la technique du mandat valablement donné à un tiers peut conduire à cette situation, mais c'est alors souvent le mandataire qui est en réalité partie au contrat et qui, à ce titre, a la qualité pour notifier, comme l'agence immobilière qui adresserait un congé au locataire d'un bien appartenant à son client.

¹²⁷⁴ V. par ex., Cass., 3^{ème} civ., 28 févr. 1984, *Bull. civ.*, III, n° 52 : « la révocation du mandant n'est opposable au mandataire qu'au jour où celui-ci a une connaissance de la volonté du mandant et non au jour où cette volonté s'est exprimée ». Cette décision rendue en matière de mandat, révocable sur le

pas envisageable, en effet, que le premier subisse des effets, qui plus est extinctifs et issus de la volonté unilatérale du second, sans qu'il en soit informé¹²⁷⁵. Notre discussion portera donc davantage sur la forme de la notification.

570. À ce sujet, sans réelle surprise, « *la notification n'obéit en principe à aucune forme obligatoire pour sa validité* »¹²⁷⁶. Du moins, pour ce qui nous concerne encore une fois, les parties sont-elles libres de prévoir la forme qu'elles veulent, sauf imposition légale¹²⁷⁷. Et les remarques qu'il convient de formuler sont alors les mêmes que celles évoquées plus haut à propos de la manifestation de volonté : si le contrat ne prévoit rien d'autre qu'une faculté, sans aucune procédure, il faut bien admettre qu'en théorie le sortant pourrait notifier tacitement une volonté manifestée non moins tacitement, pourvu « *que le procédé tacite utilisé comporte la direction réclamée* »¹²⁷⁸ ; la difficulté résidera alors, en pratique, dans la preuve de la rupture. Mais l'hypothèse est trop théorique pour que l'on s'y attarde plus que cela¹²⁷⁹.

571. Comme on l'a vu, en effet, les parties prennent soin, lorsqu'elles prévoient une faculté de sortie anticipée, d'en préciser les modalités d'exercice¹²⁸⁰ ; en ce compris donc la notification, qui n'est rien d'autre en définitive que l'acheminement de la manifestation de volonté vers la personne intéressée. Il est ainsi souvent stipulé que le sortant devra le faire savoir par courrier recommandé adressé au cocontractant, en général

fondement de l'article 2004 du Code civil, est selon nous tout à fait transposable à la sortie exercée en vertu d'une faculté contractuelle.

¹²⁷⁵ Comme le relève avec justesse un auteur, envisageant la situation du contractant subissant les effets de l'acte unilatéral réceptice compromettant ses droits, « *on conçoit que l'on puisse se passer de son acceptation ; mais on ne conçoit pas qu'un droit soit anéanti sans que le titulaire en soit averti* » (J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.*, n° 187, p. 181).

¹²⁷⁶ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 790, p. 353.

¹²⁷⁷ Encore une fois, il s'agira alors d'un droit légal de sortie et non d'une faculté d'origine conventionnelle. V. les ex. donnés par C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 792 et s., p. 354 et s. Cf. *supra*.

¹²⁷⁸ J. MARTIN de la MOUTTE, *op. cit.*, n° 177, p. 172. C'est-à-dire que la manifestation de volonté, en raison de la nature réceptive de cet acte unilatéral, doit avoir « *un certain mouvement [...], une destination précise tendant à informer telle personne ou tel groupe de personne* » (*ibid.*, n° 196, p. 189). *Contra* R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n° 268, p. 229, pour qui « *il est difficile d'admettre que le silence puisse, du moins par lui-même, constituer "un moyen pour porter quelque chose à la connaissance de quelqu'un"* ».

¹²⁷⁹ Mise à part l'oubli, on ne voit en effet pas bien pourquoi les parties prévoiraient une faculté de sortie, dérogoratoire au droit commun donc, sans en prévoir la notification, même succinctement.

¹²⁸⁰ En effet, « qui peut le plus, peut le moins » ; c'est dire, en réalité, que si les parties se sont accordées sur l'octroi d'une faculté de sortie anticipée lors des négociations contractuelles – ce qui n'est pas toujours évident, loin s'en faut –, on ne voit pas bien pourquoi elles ne s'accorderaient pas sur les modalités de son exercice. De même l'oubli n'est envisageable qu'à l'extrême marge, dans la mesure où, d'une part, sa mise en place paraît tout de même moins complexe que la correcte détermination de l'événement conditionnant la sortie et où, d'autre part, le rédacteur doit savoir que l'efficacité de la sortie fût-elle valablement prévue, dépend de sa mise en œuvre.

dans un certain délai suivant la réalisation de l'événement. La seule question véritablement intéressante reste encore celle des conséquences du non-respect de ces prévisions contractuelles et ce problème, déjà survolé à propos de la mise en demeure, sera abordé plus tard au titre de la sortie manquée¹²⁸¹.

572. Cette notification est évidemment importante pour au moins deux raisons. Tout d'abord, une fois accomplie, du moins correctement, l'auteur sortant ne saurait, en principe, revenir efficacement sur sa position ; il s'agit là d'un effet directement lié au caractère réceptice de cet acte unilatéral. Le contrat ne pourrait donc continuer qu'avec l'acceptation du cocontractant destinataire^{1282 1283}. Il n'en va différemment que lorsque la prise d'effet de la sortie implique davantage que la notification de la sortie par le titulaire ; c'est-à-dire, essentiellement, quand la réalisation définitive de la sortie est conditionnée au versement d'un prix au sortant : l'associé sortant peut en effet renoncer à son retrait tant que les conditions financières du remboursement de la valeur de ses parts sociales ne sont pas définitivement arrêtées¹²⁸⁴.

573. Enfin, la notification fixe la date de sortie puisque sa réception constitue en principe le point de départ du délai de préavis à l'issue duquel la sortie sera effective, modalité qu'il nous faut maintenant traiter.

¹²⁸¹ Cf. *infra*.

¹²⁸² C'est pourquoi le législateur prévoit parfois expressément une faculté de renonciation pour l'auteur : v. par ex. l'article L. 145-58 en matière de bail commercial, permettant, sous conditions, au bailleur de se soustraire au paiement de l'indemnité d'éviction en renonçant au non-renouvellement décidé.

¹²⁸³ Se pose alors la question d'un possible abus du droit, par le cocontractant, de ne pas accepter la renonciation tardive, c'est-à-dire intervenue après réception de la notification.

L'hypothèse que l'on doit envisager est celle-ci : un contractant use avec légèreté – dans un contexte conflictuel en général – d'une faculté de sortie « payante » que lui octroie le contrat. Recevant la facture du cocontractant ayant pris acte de la rupture, il désire alors ne pas poursuivre sa sortie en raison de la somme réclamée ; ce que refuse le cocontractant, pour une raison qui peut apparaître « peu avouable » : il est en fait satisfait de la sortie, peut-être parce qu'il ne disposait pas lui-même d'une telle faculté, certainement parce qu'il n'endosse pas le risque de se voir reprocher une sortie fautive. Cette question n'est pas spécifique à notre sujet : les conditions de l'abus de droit devront être réunies pour qu'il soit reconnu, ce qui, certes, ne sera pas facile en pratique, le juge pouvant être enclin à ne pas donner satisfaction au contractant à l'origine de la remise en cause du lien contractuel. Nous n'avons pu trouver trace d'un tel contentieux et, s'il nous semble possible de prévoir expressément une possibilité de renonciation après notification, nous n'y sommes pas favorables dans la mesure où cela complexifie la sortie et semble inutile car la renonciation est en principe possible avant toute notification : mieux vaut donc peser ses actes en cours d'exécution que de se déresponsabiliser par la stipulation de clauses dont on ne peut à coup sûr connaître les effets.

¹²⁸⁴ Sur la matière, cf. *infra*.

SECTION 2 L'observation d'un délai de prévenance

574. Si l'information du cocontractant du sortant sert en réalité les intérêts de ce dernier, l'observation d'un délai de prévenance lorsqu'on met en œuvre une faculté de sortie semble bien orientée vers la protection du premier. C'est que le délai de préavis à observer a justement pour fonction de permettre à cette partie de prendre la pleine mesure de la sortie programmée, lui laissant ainsi le temps de s'organiser afin de ne pas trop souffrir trop de la perte du contrat.

575. En notre matière¹²⁸⁵, le délai de prévenance, ou délai de préavis, est le laps de temps qui s'écoule entre la notification de la volonté de sortir – que l'on nomme parfois préavis – et la prise d'effets de la sortie¹²⁸⁶. Les questions qui vont alors nous occuper peuvent être simplement posées et sont essentiellement d'ordre pratique : le respect d'un tel délai est-il obligatoire lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une faculté contractuelle de sortie anticipée ? Quelle doit-être sa durée ? Peut-on valablement et efficacement convenir de l'écarter ?

576. Il n'est pas aisé de répondre précisément à ces questions, mais l'on peut, sans trop prendre de risque, poser un premier jalon : en principe, lorsque l'on rompt un contrat par décision unilatérale, il convient de respecter un délai suffisant, raisonnable. Il faut alors, pour tenter d'apporter les éclaircissements nécessaires à l'efficacité des clauses de sortie, que l'on doit distinguer le problème de l'exigence du délai (§1) de celui de sa durée (§2).

§1 L'exigence d'un délai de prévenance

577. Si la notion de préavis fait couler beaucoup d'encre, autant qu'elle nourrit un abondant contentieux, force est de constater que l'attention est essentiellement portée sur la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, mécanisme à travers lequel l'exigence d'ordre temporel est devenue un « principe général » du droit des contrats. Nous ne pouvons donc faire l'économie d'un retour sur ce phénomène (**A.**), avant d'examiner son rôle dans le cadre d'une sortie anticipée opérée sur le fondement d'une clause du contrat (**B.**).

¹²⁸⁵ V. de manière générale A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003, préf. F. Bussy.

¹²⁸⁶ Sur la prise d'effet, *cf. infra*.

A. L'exigence générale de l'observation d'un délai de prévenance en cas de sortie

578. La jurisprudence a déduit de certaines dispositions spécifiques, imposant le respect d'un délai en cas de rupture¹²⁸⁷, l'existence d'un principe général : la résiliation d'un contrat à durée indéterminée doit s'accompagner de l'observation d'un délai de préavis, sous peine de voir la rupture qualifiée d'abusives, parce que brutales¹²⁸⁸. Quel peut alors être le fondement de ce principe (1.) ? Quelle en est, ensuite, la portée (2.) ?

*1. Fondement de l'exigence*¹²⁸⁹

579. En dehors des dispositions légales faisant expressément référence à l'observation d'un tel délai ou d'une stipulation contractuelle, le fondement de l'obligation de respecter un délai de préavis doit être recherché à la lumière de la jurisprudence, laquelle n'hésite pas dans le silence des textes à imposer le respect d'un principe général.

580. Selon une formule jurisprudentielle, devenue célèbre et rendue sous le visa de l'article 1134, alinéa 2 du Code civil, « *dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties* »¹²⁹⁰. Ainsi, lorsqu'on rapproche cette position de celle exprimée ci-dessus et tendant à qualifier d'abusives la rupture exercée sans préavis, il est permis d'en déduire que le non-respect d'un délai de prévenance est sanctionné par l'alinéa 3 de l'article 1134. Et, bien que l'on puisse discuter du « mélange des genres » ainsi opéré entre l'abus de droit et l'absence de bonne foi¹²⁹¹, on peut convenir que l'obligation de respecter un délai de préavis est fondée sur l'alinéa 3 de l'article 1134, c'est-à-dire sur l'exigence de bonne foi ; tout comme, du reste, la mise en demeure.

¹²⁸⁷ V. par ex. l'article 1736 du Code civil applicable en matière de bail de droit commun. V. ég. l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier imposant la fixation d'un délai de préavis lors de l'octroi d'un concours bancaire.

¹²⁸⁸ V. ainsi par ex. Cass. com., 8 avr. 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 58.

¹²⁸⁹ Sur cette question, v. de manière générale les développements de A. SONET, *op. cit.*, spéc. n° 388 et s., p. 180 et s.

¹²⁹⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 févr. 1985, *Bull. civ.*, I, n° 54.

¹²⁹¹ V. A. SONET, *op. cit.*, n° 416 et s., p. 188 et s.

581. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà eu l'occasion de faire explicitement référence à la bonne foi depuis¹²⁹², de même que la doctrine. À tout le moins plusieurs auteurs semblent en ce sens¹²⁹³ : « *que ce soit au cours de l'exécution du contrat ou à l'approche de la cessation de ses effets par une manifestation de volonté unilatérale, la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil peut donc servir de fondement à l'obligation de respecter un délai de préavis* »¹²⁹⁴.

582. Enfin, il faut évidemment signaler l'abondante jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce qui sanctionne le contractant rompant « *brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* »¹²⁹⁵.

¹²⁹² V. par ex. Cass. com., 8 oct. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 92, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2004, p. 392, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS : « *dès lors que l'obligation pour un concédant de recueillir les explications de son concessionnaire avant de résilier le contrat et de respecter un préavis d'une durée conforme aux usages de la profession, relève de l'obligation de bonne foi qui s'impose en matière contractuelle, la cour d'appel a pu en déduire que les conditions de brutalité dans lesquelles a été notifiée la résiliation du contrat étaient abusives* ». V. ég. récemment CA Toulouse, 19 mars 2012, *JurisData* n° 2012-004978.

¹²⁹³ V. par ex. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001, n° 274, p. 330. Après avoir affirmé que « *l'exigence d'un délai de préavis peut être justifiée par l'application de l'article 1135 du Code civil* » (*ibid.*, n° 271, p. 325), les auteurs ajoutent que « *l'obligation de respecter un délai de préavis suffisant constitue déjà la manifestation particulière d'une exigence plus générale de bonne foi contractuelle* » ; P. STOFFEL-MUNCK, obs. sous Cass. com., 12 mai 2004, *RDC* 2004, p. 943 ; Rappr. C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 846, p. 377.

¹²⁹⁴ A. SONET, *op. cit.*, n° 463, p. 203.

¹²⁹⁵ V. sur le sujet, en dernier lieu et parmi une abondante littérature N. MATHEY, *L'évaluation du préjudice en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, *JCP éd. E* 2011, n° 1345, p. 32. ; J.-D. BRETZNER, *La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce*, *RLD aff.* 2010, n° 2979 ; M. CHAGNY, *La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles (de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce)*, *RLD aff.* 2010 n° 2980 ; O. DESHAYES, *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, *RLD aff.* 2010 n° 2981 ; K. HAERI ET M. PICHON DE BURY, *Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies*, *Contr., conc., consom.* 2010, ét. n° 6 ; N. MATHEY, *Autour de la rupture brutale de relations commerciales : compétence et délais de préavis*, *JCP éd. E* 2010, n° 1504 ; IDEM, *La rupture de relations commerciales établies en période de crise*, *Contr., conc., consom.* 2010 ét. n° 3 ; M. RUIZ, *Indemnisation de la rupture brutale des relations commerciales*, *Contr., conc., consom.* 2009, prat. n° 1 ; L.-M. AUGAGNEUR, *L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales, À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation*, *JCP éd. E* 2009, n° 1969 ; C. NOURISSAT, *Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action !*, *RLD aff.* 2009, n° 1193 p. 67 à 69 ; L.-M. AUGAGNEUR, *La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ? Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision*, *JCP éd. E* 2009, n° 1446 ; S. PETIT, *La rupture abusive des relations commerciales*, *PA* 18 septembre 2008, p.33 ; L. MARTINET et M.-L. CARTIER-MARRAUD, *Les beaux jours de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce*, *Gaz. Pal.* 20 novembre 2007, p. 2 ; J. ROCHFELD, *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la « relation » contractuelle ?*, *RDC* 2006, p. 1033. A. VAN EECKHOUT, *La durée du préavis*

2. Portée de l'exigence

583. Comme on l'a vu, l'obligation de respecter un laps de temps entre la notification de la volonté de sortir et la sortie effective concerne en principe tous les contrats conclus pour une durée indéterminée¹²⁹⁶. Cependant, des exceptions méritent évidemment être relevées.

584. Ainsi, en l'absence toujours de stipulation contractuelle prévoyant le respect d'un délai de préavis, on doit réserver certaines circonstances entourant la sortie, comme le jeu de la force majeure dans les rapports contractuels¹²⁹⁷, ce que prévoit parfois le législateur¹²⁹⁸. La situation irrémédiablement compromise du contractant d'une banque¹²⁹⁹ ou encore la faute d'une partie à l'origine de la décision de rompre – ou ses conséquences – sont également des événements de nature à supprimer l'exigence du préavis¹³⁰⁰. Et la loi de prévoir elle-même cette hypothèse : l'article L. 1234-1 du Code du travail envisage la faute lourde du salarié¹³⁰¹, alors que l'article L. 442-6, I, 5° paraît moins restrictif puisqu'il vise de manière générique la « simple » « *inexécution par l'autre partie de ses obligations* ». En réalité, rien n'est moins sûr car on constate, à la lecture des décisions rendues en la matière, qu'il est tout de même exigé une certaine gravité, incompatible avec la poursuite de la relation le temps du préavis¹³⁰². On

de rupture d'une relation d'affaires, RDC 2005, p. 491 ; C. LACHIEZE, *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence*, JCP éd. E 2004, n° 1815.

¹²⁹⁶ V. J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, op. cit., n° 228, p. 174 ; A. SONET, op. cit., n° 121, pp. 74-75.

¹²⁹⁷ A. SONET, op. cit., n° 663 et s., p. 288 et s.

¹²⁹⁸ V. par exemple l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et, pour un refus d'application, CA Chambéry, 8 juill. 2010, *Contr., conc., consom.* 2010, comm. n° 248, note N. MATHEY. V. spéc., à propos de la prise en compte de la crise économique : L.-M. AUGAGNEUR, *La répercussion d'une baisse d'activité sur les fournisseurs et sous-traitants constitue-t-elle une rupture partielle des relations commerciales établies ? Ou comment la crise révèle un cas d'imprévision*, art. cit. ; N. MATHEY, *La rupture de relations commerciales établies en période de crise*, art. cit. ; J. ROCHFELD, *La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique*, RDC 2010, p. 499.

¹²⁹⁹ Article. L. 313-12, alinéa 2 du Code monétaire et financier. V. S. PIEDELIEVRE, *Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée*, D. 2006, p. 434.

¹³⁰⁰ V. par ex. Cass. com., 5 mars 1996 (2nde esp.), *RTD civ.* 1996, p. 904, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{ère} civ., 2 févr. 1999, *Bull. civ.*, I, n° 38 ; CA Paris, 21 juin 1989, *RTD civ.* 1990, p. 278, obs. J. MESTRE.

¹³⁰¹ En matière de contrat à durée déterminée, le préavis est également écarté en cas de faute grave : v. la combinaison des articles L. 1243-1 et L. 1243-2 du Code du travail.

¹³⁰² Cass. com., 25 sept. 2007, *D.* 2008, p. 1115, note C. MOULY-GUILLEMAUD ; *JCP éd. E* 2008, n° 20, p. 23, obs. D. MAINGUY : « *il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant* ». V. antérieurement, bien que non rendue sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5°, C. com., Cass. com., 6 juill. 1999, n° 96-20.495. V. encore Cass., com., 24 mai 2011, *Contr., conc., consom.* 2011, comm. n° 161, note N. MATHEY ; Cass. com., 21 févr. 2012, n° 09-15.438 ; Comp. Cass. com., 31 janv. 2006, *JCP éd. E* 2007, 1348, obs. D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, qui

rappellera d'ailleurs que si « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* », il est immédiatement précisé que « *cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* »¹³⁰³. Pour relever la gravité exclusive de préavis, le juge pourra éventuellement s'appuyer sur les stipulations contractuelles en estimant que les parties, prévoyant une possibilité de résiliation immédiate en cas d'inexécution précise, « *avaient nécessairement considéré que ce type de manquement aux obligations [...] présenterait un caractère de gravité certain* », la rupture sans préavis sur ce fondement ne pouvant alors être tenue pour brutale¹³⁰⁴.

585. Ensuite, il a déjà été avancé que la nature du contrat peut parfois justifier une sortie sans préavis, principalement lorsqu'il est marqué d'un fort *intuitus personae*¹³⁰⁵. En définitive, l'exigence sera écartée lorsque sa raison d'être, tenant à l'intérêt du contractant subissant la sortie, apparaît incompatible avec l'intérêt du sortant qui prime alors. Il s'agit encore d'un arbitrage, assez logique selon nous, des intérêts en présence.

586. La portée de cette exigence d'ordre général trouve surtout une sérieuse limite dans la détermination de la durée contractuelle¹³⁰⁶ : l'extinction de plein droit de la relation à durée déterminée par arrivée du terme extinctif n'implique pas, en principe, le respect d'un délai de préavis¹³⁰⁷. Et cela pour deux raisons qui sont étroitement liées : la conscience que les parties doivent avoir de la durée limitée de leur relation¹³⁰⁸ et, surtout, l'absence de décision unilatérale ou, autrement dit, le caractère automatique de la cessation des effets au terme. C'est qu'en effet la brutalité sanctionnée n'est pas celle de la rupture mais celle, plus précisément, de la décision de rompre. La question du préavis ne se pose donc que lorsque l'un des contractants sera susceptible de prendre une décision

confirme les juges du fond ayant écarté toute brutalité illicite dans le non-renouvellement sans préavis d'un contrat de concession, en raison du non-respect des objectifs de vente par le concessionnaire.

¹³⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Bull. civ.*, I, n° 300, p. 207 ; *D.* 1999, somm. comm., p. 115, obs P. DELEBECQUE ; *D.* 1999, p. 197, note C. JAMIN ; *JCP éd. G* 1999, II, 10133, note RZEPECKI ; *Deffrénois* 1999, art. 36953, n° 17, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 506, obs. J. RAYNARD. Deux degrés de gravité doivent donc être envisagés : la gravité justifiant la sortie unilatérale, en principe interdite, et celle, au-delà encore, écartant la nécessité d'observer un délai de préavis. V. pour une application récente : CA Paris, 11 avr. 2012, RG n° 09/16825, décidant qu'une rupture unilatérale est justifiée par la gravité du comportement du cocontractant, tout en étant brutale car la poursuite des relations était possible le temps d'un délai de préavis – estimé à six mois.

¹³⁰⁴ CA Agen, 2 mai 2011, RG n° 10/00456, 463/11. Comp. cependant Cass. com., 25 sept. 2007, précité.

¹³⁰⁵ V. en ce sens J. MESTRE, obs. sous Cass. com., 5 mars 1996 (1^{ère} esp.), *RTD civ.* 1996, p. 904.

¹³⁰⁶ V. à ce sujet, A. SONET, *op. cit.*, n° 146 et s., p. 85 et s.

¹³⁰⁷ A. SONET, *op. cit.*, spéc. n° 147, p. 86 et la jurisprudence citée.

¹³⁰⁸ En ce sens v. A. SONET, *op. cit.*, n° 147, p. 85.

unilatérale conduisant à l'extinction de la relation. Cette hypothèse est fréquente et on doit donc tempérer le principe, plusieurs situations pouvant se présenter : un renouvellement automatique du contrat arrivé à son terme peut tout d'abord avoir été prévu, une décision unilatérale étant alors nécessaire pour l'éviter ; la tacite reconduction peut également trouver à jouer ; une faculté de résiliation anticipée peut, enfin, être accordée à l'une des parties.

587. Si les deux premières situations ne nous intéressent pas directement, on relèvera tout de même que le contrat prévoit quasi-systématiquement le respect d'un délai de préavis pour celui qui désire éviter le renouvellement¹³⁰⁹ ; la jurisprudence a également parfois laissé entendre que le contractant devait, même dans le silence du contrat, respecter un délai de prévenance¹³¹⁰. Surtout, on sait aujourd'hui que le non-renouvellement sans préavis d'une durée suffisante est sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Il nous reste alors à traiter de l'incidence d'une faculté de sortie anticipée sur l'exigence d'un préavis.

B. Le délai de prévenance et la sortie d'un contrat à durée déterminée

588. Avant de se concentrer sur la nécessité d'observer un délai de préavis lors de la mise en œuvre d'une faculté contractuelle de sortie (2.), il est intéressant d'évoquer les conditions d'exercice d'un droit légal de rupture anticipée (1.).

1. Le préavis et la faculté légale de sortie anticipée

589. Le législateur a prévu de nombreuses facultés de sortie anticipée. Dans ce cas, bien souvent, le législateur « règle lui-même la question du respect du préavis »¹³¹¹. Ainsi, en matière de baux d'habitation, l'article 12 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 dispose que si le locataire peut rompre à tout instant la location, il doit le faire dans les conditions de délai prévues par l'article 15, c'est-à-dire en respectant un délai de trois mois entre la notification du congé et la sortie effective. De même, en vertu des articles L. 145-4 et L. 145-9 du Code du commerce, le preneur à bail commercial doit respecter un

¹³⁰⁹ Ce délai représente alors la durée minimale devant être observée avant l'arrivée du terme pour indiquer au cocontractant que le contrat ne sera pas renouvelé à son échéance.

¹³¹⁰ V. par ex. Cass. com., 13 juin 1978, *Bull. civ.*, IV, n° 164 : « le concédant n'a pas commis de faute en notifiant au concessionnaire dans un délai conforme à la pratique en la matière, que le contrat ne serait pas renouvelé à son terme ».

¹³¹¹ A. SNET, *op. cit.*, n° 157, p. 90, à propos des droits de sortie anticipée du preneur à bail et de l'assuré.

délai de préavis de six mois s'il souhaite résilier à l'échéance d'une période triennale¹³¹². En matière de contrat d'assurance¹³¹³, comme de contrat de travail¹³¹⁴, le respect d'un préavis est encore affirmé, pour peu qu'il ne heurte pas franchement l'intérêt du sortant¹³¹⁵.

590. En revanche, la question de l'exigence d'un préavis peut légitimement se poser lorsque le législateur, prévoyant une faculté de sortie anticipée d'un contrat à durée déterminée, n'envisage pas pour autant le respect d'un délai de prévenance. Nous pensons ici au cas du mandat de droit commun, lequel, selon les dispositions de l'article 2004 du Code civil, est révocable à tout moment par le mandant¹³¹⁶. Si la jurisprudence a fréquemment affirmé que ce contrat, lorsqu'il est conclu pour une durée indéterminée, peut être rompu à tout moment sous réserve de ne pas commettre un abus, c'est-à-dire notamment de ne pas en sortir de manière brutale¹³¹⁷, un auteur a pu remarquer qu'elle est plus hésitante quand il s'agit d'un mandat à durée déterminée¹³¹⁸. On peut toutefois trouver des décisions permettant d'avancer qu'un délai de préavis doit être observé, même s'il s'agit d'un mandat à durée déterminée¹³¹⁹.

591. L'extension du principe à la relation à durée déterminée, lorsqu'elle est susceptible d'être rompue avant terme du fait d'une autorisation légale – voire

¹³¹² Si tant est que le contrat n'ait pas expressément écarté cette faculté.

¹³¹³ V. not. l'article L. 113-12 du Code des assurances : « *l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance* ». Nous soulignons.

¹³¹⁴ Article L. 1243-2 du Code du travail. Ce préavis concerne la sortie anticipée décidée par le salarié qui trouverait un emploi sous contrat à durée indéterminée et sa durée « *est calculée à raison d'un jour par semaine de travail effectuée* », dans la limite de deux semaines.

¹³¹⁵ En ce qui concerne le contrat de travail, par exemple, le législateur n'a prévu le respect d'un préavis qu'en cas de rupture à l'initiative du salarié ayant trouvé un emploi conclu pour une durée indéterminée. La sortie pour faute grave, par exemple, n'implique pas le respect d'un quelconque délai ; et c'est heureux puisque, justement, la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du lien contractuel (Cass. soc., 27 sept. 2007, *JCP éd. S* 2007, 1934, note A. BUGADA ; *RJS* 2007, n° 1261 ; *RDT* 2007, p. 650, obs. G. AUZERO ; *JCP éd. S* 2007, II, 10188, note D. CORRIGNAN-CARSIN) !

¹³¹⁶ Cf. *supra*.

¹³¹⁷ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 1984, *Bull. civ.*, I, n° 143 : « *Mais attendu qu'après avoir rappelé qu'aux termes de l'article 2004 du Code civil, le mandant est libre de révoquer à tout moment son mandat, sauf à ne pas commettre un abus de droit, la cour d'appel [...] a retenu que la révocation du mandat, précédée d'un entretien avec l'avocat intéressé, n'avait pas dessaisi M. Y dont il avait été chargé, et que la décision d'évincer celui de ses avocats qui, en raison de son âge, lui paraissait le moins disponible, pouvait d'autant moins être critiquée qu'elle impliquait aucun reproche à son égard ; qu'elle en a déduit que la révocation du mandat de M. X qui n'avait été, ni intempestive, ni abusive, ne pouvait donner lieu à réparations* ».

¹³¹⁸ A. SONET, *op. cit.*, n° 162 et s., pp. 92 et s.

¹³¹⁹ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ. 28 janv. 2003, *Bull. civ.*, I, n° 27, confirmant les juges du fond en relevant précisément – et alors même que le pourvoi ne semblait pas critiquer l'arrêt d'appel sur ce point – que la révocation anticipée « *ne s'était pas exercée de manière brutale ni vexatoire mais avait été notifiée plus de cinq semaines avant sa date d'effet* ».

jurisprudentielle¹³²⁰ –, n'a rien de choquant. D'une part, en effet, la raison d'être de l'exigence – permettre au cocontractant de prendre la mesure de la rupture – se retrouve dans les contrats à durée déterminée de longue durée, surtout quand un certain investissement du contractant est nécessaire ; d'autre part, le fondement que l'on peut donner au respect d'un délai de prévenance – bonne foi dans l'exécution contractuelle – dépasse franchement la distinction des contrats suivant le caractère déterminé ou non de leur durée.

592. Mais que se passe-t-il lorsque le principe rencontre celui de la liberté contractuelle ?

2. Le préavis et la faculté de sortie offerte pas le contrat

593. Nous venons de le voir : la raison d'être et le fondement de l'exigence d'avoir à respecter un délai de prévenance en cas de sortie conduisent à lui reconnaître la portée la plus large possible. Dans ce cadre, les questions qui vont nous occuper à présent peuvent être simplement posées : le titulaire d'une faculté contractuelle de sortie doit-il respecter un délai de préavis lorsque le contrat ne prévoit rien à ce sujet ? Les parties peuvent-elles valablement et efficacement stipuler que le sortant n'aura pas à respecter un délai de préavis ? Si l'on sait que le droit de consommation, lorsqu'il est applicable, voit d'un très mauvais œil ce type de stipulations au profit du professionnel¹³²¹, qu'en est-il en droit commun ?

594. La généralité de l'exigence conduit au moins un auteur à considérer que l'existence d'un délai de prévenance est une condition de licéité d'une clause de sortie anticipée¹³²². À suivre cette position, les réponses à nos questions sont également simples à exposer : bien que le contrat ne le prévoit pas, un délai devrait être observé avant que la sortie ne produise ses effets et les parties ne devraient pas être autorisées, sauf à invalider leur propre stipulation, à écarter toute exigence d'un préavis. En réalité, si le fondement et la portée du principe peuvent légitimement incliner à penser ainsi, nous nous trouvons

¹³²⁰ On pense ici la résolution extrajudiciaire : Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, précité : « *attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité [...] n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ». Nous soulignons.

¹³²¹ V. l'article R. 132-2, 4° du Code de la consommation, réputant simplement abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ».

¹³²² C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, op. cit., n° 120, p. 118 ; IDEM, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Résolution-résiliation, n° 293. Rapp. A. SONET, op. cit., n° 706 et s., pp. 306 et s.

contraints d'observer, comme nous l'avons déjà évoqué, que les exigences de la bonne foi paraissent à la disposition des parties ; au moins dans une certaine mesure. C'est pourquoi d'autres auteurs, à l'inverse, avancent le caractère supplétif du respect d'un délai de préavis¹³²³. Et l'analyse de la jurisprudence confirme les doutes.

595. Tout d'abord, il n'y a pas de raison pour que les exceptions évoquées plus haut ne trouvent pas à s'appliquer lorsque la faculté est d'origine contractuelle – force majeure, inexécution grave, situation irrémédiablement compromise, fort *intuitu personae...* etc. Afin de limiter le risque de contentieux, la clause devra clairement prévoir que la survenance d'un tel événement – qui devra être défini – entraîne la rupture immédiate, c'est-à-dire sans délai de préavis. Ensuite, nous n'avons pu trouver trace d'une décision qui érigerait l'observation d'un délai de préavis en véritable condition de licéité d'une clause de sortie ; et la jurisprudence n'a encore jamais invalidé une clause, à notre connaissance, parce qu'elle excluait tout préavis, hormis en matière de contrat de consommation. En revanche, il a déjà été décidé, en l'absence de prévision d'un délai de préavis en cas de mise en œuvre d'une clause de sortie, que le titulaire n'avait pas à observer un tel délai¹³²⁴. Surtout, la jurisprudence semble plutôt tolérer une stipulation écartant le respect d'un délai de préavis¹³²⁵, ce que paraît confirmer une récente décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation¹³²⁶ : « *ayant fait ressortir que la volonté des parties consistait à autoriser chacune d'elles à rompre le contrat sans*

¹³²³ V. par ex. W. DROSS, *Clausier*, Litec, 2^{ème} éd., 2011, *V°* résiliation (aménagement), p. 649.

¹³²⁴ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 8 janv. 2002, *RTD civ.* 2002, p. 297, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Selon les stipulations des parties, « *le présent contrat est conclu également en considération du fait que le docteur [...] est propriétaire de 1375 actions au moins de la société Polyclinique [...]. L'absence de cette propriété emporterait ainsi qu'il est convenu entre les parties la résiliation du présent contrat* ». Cette clause de sortie – automatique – était contenue dans un contrat conclu pour une durée indéterminée, mais il reste intéressant de constater que les juges du fond, usant de leur pouvoir souverain d'interprétation, y ont découvert un cas de sortie sans préavis, validant en passant une telle possibilité. Toutefois, comme l'ont fort justement relevé les observateurs, « *l'événement placé au centre de la clause (la propriété d'un nombre minimal d'actions dans la société cocontractante) avait été expressément érigé en considération déterminante de la conclusion du contrat et dépendait moins de l'auteur de la rupture que de celui qui s'en prétendait la victime* » (J. MESTRE et B. FAGES, obs. précités).

V. ég. CA Paris, 19 oct. 2001, RG n° 10/20970, précité : « *en application de l'article 8 de chacun des contrats, [...] la résiliation pouvait être constatée de plein droit en cas de non-paiement d'une échéance, ou de toute somme due en vertu du contrat, sans qu'il y ait besoin d'aucune formalité judiciaire, le locataire reconnaissant avoir été mis en demeure par les présentes* » ; que [le cocontractant] *n'est, donc, pas fondé à faire grief [au sortant] de l'absence de préavis, préalable à la rupture, alors, en outre, que [le sortant], qui n'y était pas tenu, lui adressé (sic) deux mises en demeure* ». Bien que la motivation soit maladroite, puisque sont confondus la mise en demeure – préalable à la notification de la volonté de sortir – et le délai de préavis – postérieur à la notification –, on voit bien la tendance des juges du fond à déduire des termes du contrat l'exclusion d'un délai de préavis.

¹³²⁵ V. par ex. Cass. com., 8 avr. 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 58 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 juill. 1985, *Bull. civ.*, I, n° 231. Cependant, comme le relève très justement un auteur (T. GENICON, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, *RDC* 2011, p. 382), ces décisions sont porteuses d'ambiguïté.

¹³²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, *RDC* 2011, p. 382, obs. T. GENICON.

préavis ni indemnité, ce que le plaignant avait lui-même fait à trois reprises par le passé, de sorte que son cocontractant avait pu user, de bonne foi et sans faute, de la faculté de rupture prévue contractuellement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de n'accorder aucune indemnité pour une rupture prenant effet le jour de la réception de la lettre de résiliation ». Si la position de la jurisprudence tend ainsi à s'affiner, il reste que la portée de cette dernière décision n'est pas encore évidente à dégager¹³²⁷, de sorte que l'on ne peut sans ambages affirmer la validité, d'ordre général, de ce type de stipulations ; et ce pour plusieurs raisons.

596. En premier lieu, la Cour de cassation, reprenant la motivation des juges du fond, prend soin dans cette affaire de relever que *le plaignant avait lui-même [...] à trois reprises par le passé* » usé de cette clause. Qu'est-ce donc à dire ? Que la validité serait soumise à l'existence d'une réciprocité, à l'image des exigences – regrettables¹³²⁸ – du droit de la consommation¹³²⁹ ? Encore plus peut-être : d'une réciprocité « consommée », comme si « *la dureté objective du comportement passé de l'un (avoir cessé la relation contractuelle du jour au lendemain) [enlevait] de la dureté du comportement présent de l'autre* »¹³³⁰ ? De plus, la Cour précise encore que la faculté a été mise en œuvre, « *de bonne foi et sans faute* » ; ce qui peut laisser entendre que tout contrôle de la brutalité ne doit pas être exclu¹³³¹, même en présence d'une clause dispensant clairement le sortant de laisser au cocontractant un délai pour prendre la mesure de la cessation des effets du contrat. Et la brutalité illicite pourrait avoir trait, classiquement, à certaines circonstances exceptionnelles susceptibles d'entourer la rupture¹³³², comme l'importance financière du contrat pour la partie subissant la sortie subite ou la croyance légitime que la relation allait perdurer... ce qu'entend prendre en compte les dispositions applicables à la relation commerciale établie, c'est-à-dire l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce. S'il le fallait, cela confirme que le droit commun est aujourd'hui élaboré au regard de cette disposition spéciale. Cela n'étonnera personne : le droit spécial nourrit le droit commun qui a servi à sa construction, car l'article L. 442-6, I, 5° n'est lui-même, en définitive,

¹³²⁷ V. en ce sens T. GENICON, obs. précitées.

¹³²⁸ « Regrettables » en ce que cela permettrait d'écarter tout caractère abusif d'une clause : cf. *supra*.

¹³²⁹ T. GENICON, obs. précitées.

¹³³⁰ *Ibid.*

¹³³¹ V. T. GENICON, obs. précitées, qui envisage également que cela puisse vouloir dire que les parties, en écartant tout préavis, ne peuvent être de mauvaise foi et commettre de faute en rompant du jour au lendemain, peu importe les circonstances. Mais l'auteur écarte ensuite cette interprétation, à raison selon nous. Cela pourrait alors marquer une limite du pouvoir des parties sur les implications de l'exigence de bonne foi.

¹³³² En ce sens, T. GENICON, obs. précitées, évoquant la sanction d'une « *rupture jugée « trop » brutale* ».

« qu'une reprise – certes aménagée et dépassée – de l'abus du droit de résilier un contrat »¹³³³.

597. À l'inverse, donc, la validité d'une clause exclusive de préavis ne semble pas pouvoir être écartée de manière générale. Mais son efficacité peut être fortement réduite lorsque l'article L. 442-6, I, 5° précité est directement applicable à la relation, ou, plus largement, si l'on considère que cet article représente aujourd'hui la tendance du droit commun. La prudence doit donc être de mise lors de la rédaction du contrat et, surtout, lors de la mise en œuvre de la faculté : si certaines circonstances peuvent permettre une sortie sans préavis, le sortant aura conscience que d'autres circonstances doivent, au contraire, le conduire à s'assurer que son cocontractant dispose d'un délai pour prendre la mesure de la décision. À ce titre, au-delà de l'existence même d'un tel délai, il faut encore attacher de l'importance à sa durée.

§2 La durée du délai de prévenance

598. Notre étude ne peut raisonnablement accueillir de trop amples développements concernant ce sujet, véritable « serpent de mer » du droit commercial¹³³⁴. Nous nous contenterons donc de rappeler, tout d'abord, et de manière générale, que le délai de préavis doit être d'une durée suffisante ; lequel caractère s'apprécie en matière de relations commerciales, par-dessus l'existence d'un accord interprofessionnel¹³³⁵ ou du respect de la durée des relations, en fonction de critères identifiés¹³³⁶ : nature des produits objets de la relation, dépendance économique du cocontractant ou existence d'une exclusivité – plus généralement importance que revêt pour lui le contrat –, investissements réalisés pour l'exécution, période au cours de laquelle intervient la

¹³³³ *Ibid.*

¹³³⁴ V. not. à ce sujet, en dernier lieu, J.-L. FOURGOUX, *Transparence et pratiques restrictives de concurrence, Règles de fond*, JurisClasseur Commercial, fasc. 281, spéc. n° 170 et s. ainsi que les références employées ; E. DUMINY et J.-D. BRETZNER, *Petit manuel à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes)*, RDC 2011, p. 321 et s.

¹³³⁵ Cass. com., 2 déc. 2008, *Bull. civ.*, IV, n° 201, RDC 2009, p. 647, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *JCP éd. G* 2009, I, 138, note M. CHAGNY ; *JCP éd. E* 2009, 1479, obs. D. MAINGUY, n° 3 ; *RJDA* 2009, n° 273. En l'espèce, le sortant avait respecté la durée prévue par un accord interprofessionnel et reprochait donc à la Cour d'appel d'avoir considéré la rupture comme brutale. Le pourvoi est rejeté en ces termes : « attendu que l'arrêt retient exactement que l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ». V. encore Cass. com., 2 nov. 2011, *Contr., conc., consom.* 2012, comm. n° 11, note M. MATHEY.

¹³³⁶ En ce sens v. not. N. MATHEY, note sous CA Metz, 30 juin 2011, *Contr., conc., consom.* 2011, comm. n° 212 : « la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce est encadrée de manière satisfaisante par une construction prétorienne élaborée patiemment »

rupture... etc. Ce qui va nous intéresser plus particulièrement, au regard de notre sujet, c'est encore l'étendue de la liberté contractuelle et son effectivité : que vaut la prévision par les parties d'une durée pour le délai de préavis ?

599. Nous avons déjà apporté un début de réponse, puisque l'on sait, d'une part, que les parties peuvent prévoir l'exclusion d'un délai de préavis, ce qui n'est rien d'autre que prévoir une durée nulle, et que, d'autre part, cela ne devrait pas écarter tout risque de voir la sortie qualifiée de brutale. Ensuite, dans une décision du 12 mai 2004¹³³⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a bien laissé entendre que la durée contractuelle n'était pas forcément suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce. Par la suite, des juges du fond ont pu, à raison, avancer que « *s'il est exact que le simple respect du délai de préavis contractuel n'est pas nécessairement suffisant au regard des dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, il n'en reste pas moins que le contrat fait la loi des parties, et que ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle que la durée du préavis contractuel pourra être jugée insuffisante* »¹³³⁸. Néanmoins, la Cour régulatrice a depuis eu l'occasion de censurer des juges du fond ayant écarté toute brutalité car le sortant avait « simplement » respecté le délai de préavis contractuellement fixé ; et ce, dans des termes dénués de toute ambiguïté : « *en se déterminant ainsi, sans rechercher comme il lui était demandé, si ce délai de préavis contractuel tenait compte de la durée des relations commerciales ayant existé entre les parties ou des usages susceptibles de leur être applicables, la cour d'appel*

¹³³⁷ Cass. com., 12 mai 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 86 ; *RDC* 2004, p. 943, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2005, p. 150, obs. D. FERRIER ; *JCP éd. E* 2004, n° 41, p. 1592, note C. LACHIEZE ; *JCP éd. G* 2004, II, 10184, note A. SONET ; *Contr., conc. consom.* 2004, comm. n° 104, obs. L. LEVENEUR ; *RLD civ.* 2004/1, p. 67, obs. D. FASQUELLE.

¹³³⁸ CA Versailles, 20 janv. 2005, *JurisData* n° 2005-400047. Rapp. Cass. com. 31 janv. 2006, précité : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que la société Yamaha avait respecté le délai de préavis de six mois prévu par le contrat à durée indéterminée la liant à la société Y..., l'arrêt écarte l'appréciation des premiers juges fondée sur la seule durée des relations contractuelles et observe que le délai convenu permettait à la société Y..., concessionnaire de plusieurs marques, de pallier les inconvénients de la perte de la concession Yamaha ; que la cour d'appel [...] a pu décider que le délai contractuel était raisonnable et suffisant* ». D'aucuns voient dans cette décision un exemple de l'importance, dans la détermination du caractère raisonnable et suffisant du délai, des prévisions contractuelles (J.-L. FOURGOUX, *art. cit.*, n° 200). Cet arrêt ne nous semble pourtant pas remettre en cause la nécessité de procéder à une appréciation concrète du caractère raisonnable d'un délai de préavis fixé contractuellement, mais bien plutôt remettre en cause l'importance de la durée effective des relations commerciales dans cette recherche ; en effet, la Cour prend soin de relever que la « victime » de la sortie était « *concessionnaire de plusieurs marques* » et se retranche alors derrière l'arbitrage souverainement opéré par les juges du fond entre la durée de la relation (plusieurs dizaines d'année en l'espèce) et le fait que le concessionnaire, en raison de son activité multimarque, avait la possibilité de ne pas trop souffrir d'une rupture de l'un de ses concédants avec préavis de six mois.

a privé sa décision de base légale »¹³³⁹. Les juridictions du fond semblent avoir pris le pas¹³⁴⁰.

600. Si ces remarques concernent directement la rupture des relations commerciales établies, on ne doit pas négliger le champ d'application considérable de cette sanction. Surtout, comme l'écrit très justement un auteur, « *si l'on veut bien admettre que le dispositif de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce n'est qu'une reprise – certes aménagée et dépassée – de l'abus du droit de résilier un contrat, on ne voit guère pourquoi cette solution ne serait pas transposable au droit commun* »¹³⁴¹. C'est dire que la brutalité sanctionnable en droit commun, sur le fondement donc de l'article 1382 du Code civil, ne devrait pas être autre chose que celle visée par la disposition spéciale¹³⁴². La jurisprudence du fond semble d'ailleurs en ce sens, analysant les faits qui lui sont soumis selon une démarche commune aux deux fondements : la résiliation pourra être considérée comme abusive – notamment – lorsque le sortant n'aura pas laissé le temps nécessaire à la réorganisation de son cocontractant¹³⁴³.

601. Les rédacteurs doivent ainsi être prévenus : la fixation contractuelle « rigide » de la durée du délai de préavis et, par la suite, son respect lors de la mise en œuvre d'une clause de sortie anticipée, ne sauraient garantir au titulaire de ne pas voir sa responsabilité engagée pour rupture brutale, essentiellement s'il ne tient pas compte à cet instant de la durée écoulée des relations et/ou des usages applicables. La solution, donc, est tout d'abord de prévoir un lien objectif entre la durée du délai de prévenance et celle de la relation contractuelle écoulée ; ensuite, bien entendu, certains facteurs annexes devront jouer le rôle de « correcteurs » : l'importance de la relation pour le cocontractant ou les

¹³³⁹ Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-18.121, *JCP éd. E* 2007, 2303, n° 14, obs. G. DECOCCQ.

¹³⁴⁰ V. par ex. CA Paris, 25 mars 2010, *JurisData* n° 2010-007006 ; CA Toulouse, 25 sept. 2010, *JurisData* n° 2010-024514 ; CA Paris, 4 avr. 2012, *JurisData* n° 2012-006672.

¹³⁴¹ T. GENICON, obs. précitées sous Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011.

¹³⁴² Comp. J.-L. FOURGOUX, *art. cit.*, n° 185 : « *il importe de relever à cet égard que la règle de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce semble parfois influencer, lorsqu'elle n'est pas applicable, la mise en œuvre du droit commun* ».

¹³⁴³ V. ainsi dernièrement CA Douai, 23 févr. 2012, RG n° 11/01950. En l'espèce, la Cour relève tout d'abord l'inapplicabilité de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce pour rejeter la demande principale, émanant du cocontractant d'une association, en responsabilité de cette dernière pour rupture brutale de la relation commerciale établie. Mais les juges du fond accueillent favorablement la demande formulée à titre subsidiaire, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en précisant que le « *délai compris entre un et deux mois pour réorienter son activité économique ou rechercher de nouveaux clients [...] apparaît insuffisant eu égard aux usages commerciaux et au fait que les relations contractuelles qui portaient sur des montants d'une certaine importance se sont poursuivies pendant 5 ans ; [...] que la brutalité avec laquelle est intervenue la rupture caractérise donc la faute de l'association [...] au sens de l'article 1382 du Code civil* ».

investissements demandés par le titulaire en cours d'exécution sont des éléments de nature à allonger la durée nécessaire au futur ex-partenaire pour sa réorganisation. Dans le même sens, mais en considérant cette fois davantage l'intérêt du sortant¹³⁴⁴, des possibilités de réduction du délai, voire d'exclusion, doivent être prévues en cas de survenance de certains événements qui seront correctement identifiés : force majeure, inexécution grave... *etc.*

602. En pratique, la principale difficulté est de prévoir l'imprévisible. Nous précisons d'emblée ce poncif : ce n'est pas dire qu'on ne peut, lors de la conclusion d'un contrat de distribution, envisager que le contrat présentera une importance certaine pour le distributeur, c'est dire que l'on ne connaît pas forcément à l'avance le degré de cette importance¹³⁴⁵ ; or il s'agit là d'un élément nécessaire dans la détermination du caractère raisonnable du préavis. Ainsi, les parties pourront prévoir un délai « de base » proportionnel à la durée de la relation, établi en fonction de la jurisprudence¹³⁴⁶ et qui ne devra pas, en tous les cas, être inférieur aux usages applicables – et bien entendu aux éventuels accords interprofessionnels. Comme le relève un auteur, il « *est bien difficile de généraliser une méthode de calcul en raison des écarts liés aux circonstances variées (absence totale de préavis, dépendance, déloyauté dans la rupture...)*. Il est cependant possible de considérer que jusqu'à trois ans de relations commerciales, la durée probable de préavis est de l'ordre de 3 mois, que jusqu'à six ans, elle pourrait être de 6 mois jusqu'à dix ans, à partir de dix années, le délai serait d'une année et au-delà de quinze à vingt ans d'environ 18 mois »¹³⁴⁷. À côté de cela, le contrat pourra prévoir des causes de réduction et d'exclusion, pourvu qu'elles correspondent aux exceptions usuellement admises. Ensuite, le rôle des « facteurs correcteurs » ne pourra trouver à jouer, souvent, que lors de la mise en œuvre de la faculté de sortie

603. En définitive, et l'on touche ici à un point important, la prise en considération de l'intérêt de la « victime » de la sortie ne peut se résumer aux prévisions initiales des parties mais doit se prolonger dans l'appréciation *in concreto* de sa situation par le titulaire de la faculté lors de sa décision de s'en prévaloir. Dans ce cadre, si on peut douter

¹³⁴⁴ En effet, les « facteurs correcteurs » évoqués précédemment ne relèvent que de l'intérêt du cocontractant du sortant à voir la relation perdurer.

¹³⁴⁵ On peut bien, de même, imaginer que le distributeur procédera à des investissements pour l'exécution du contrat, mais on ne connaîtra pas forcément à l'avance l'importance de ces investissements, l'époque de leur réalisation ou encore le contractant à l'origine de la décision d'y procéder.

¹³⁴⁶ V. par ex., pour un difficile recensement, J.-L. FOURGOUX, *art. cit.*, n° 200.

¹³⁴⁷ *ibid.*, n° 201.

qu'une diminution du délai contractuel puisse être efficace si les facteurs annexes révèlent que le cocontractant dispose de « trop » de temps pour se réorganiser¹³⁴⁸, il est en revanche certain que le sortant aura parfois à respecter une durée supérieure à celle prévue par le contrat : des semaines ou des mois devront être ajoutés par le sortant au délai prévu afin de diminuer la possibilité que survienne un contentieux de ce chef. À tout le moins doit-il avoir conscience du risque qu'il peut prendre en ne respectant « que » la lettre du contrat.

Conclusion du Chapitre 1

604. À l'issue de la présentation des modalités, volontiers présentées comme indispensables à l'exercice de la sortie, nous sommes forcés de constater que les parties disposent parfois de la possibilité de les écarter ; alors même qu'elles s'induisent de l'exigence générale de bonne foi dont doit faire montre tout contractant dans l'exécution de la convention, fût-ce au stade de son extinction. Il est étonnant de relever ce pouvoir entre les mains des contractants lorsque, par ailleurs, la bonne foi a tendance à conquérir l'ensemble de la relation contractuelle, de la négociation à la mise en œuvre de prérogatives.

605. Si cette possibilité de prévoir une absence de mise en demeure ou de délai de préavis existe en théorie, si la « victime » de la sortie a consenti à l'insertion d'une stipulation claire, ce n'est souvent qu'au moment de se quitter que l'on prend conscience de la teneur et des conséquences de certaines prérogatives insérées au contrat lors de sa conclusion. Ce n'est pas critiquer pour autant la validité de ce genre de prévisions contractuelles, c'est simplement rappeler que cela ne saurait écarter le risque de contentieux, tout au contraire ; et l'intérêt de ces stipulations s'amointrit nécessairement avec l'augmentation du risque de contentieux. D'autant plus que le juge pourra alors donner raison au cocontractant en se fondant, par exemple, sur l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce lorsque celui-ci est applicable. C'est donc dire que les rédacteurs

¹³⁴⁸ En effet, si l'on excepte les hypothèses exceptionnelles de faute dont la gravité impose la cessation immédiate de la relation ou l'existence d'un cas de force majeure, la durée du délai de prévenance prévue par le contrat devra évidemment être respectée. À moins bien-sûr que les parties aient envisagé, par exemple, une disparition de l'exclusivité initiale en cours de relation. Les hypothèses correctement contractualisables restent néanmoins rares et les parties doivent avoir conscience que la complexité peut conduire à l'ambiguïté, laquelle est source de contentieux.

doivent user avec raison et prudence des possibilités qui semblent leur être données en ce domaine.

Chapitre 2 Le prix de la sortie : modalité facultative ?

606. Alors que l'information du cocontractant par le titulaire de la faculté de sa volonté de rompre et le respect d'un certain délai entre la réception de cette information et l'effectivité de la sortie sont présentées comme des modalités obligatoires de la sortie – affirmation qui doit être tempérée –, le prix à payer lors de la mise en œuvre de la prérogative apparaît d'emblée facultatif. Il n'existe pas de principe d'avoir à payer un prix pour pouvoir sortir du contrat de manière anticipée. Les développements qui suivent, cependant, tendent encore à nuancer ce principe ; et ce pour deux raisons.

607. La première raison est qu'il est de plus en plus fréquent qu'il soit prévu, à la charge du sortant, une obligation de s'acquitter d'une certaine somme en cas d'exercice de la faculté octroyée par le contrat. Sans dégager un principe général du droit des contrats, il faut tout de même observer cette réalité pratique qui participe de l'essor de l'unilatéralisme dans le contrat en créant, en quelque sorte, un contrepoids aux prérogatives accordées à une partie dans le contrat : celle-ci devra payer au cocontractant une indemnité en contrepartie de sa sortie (**SECTION 1**). La seconde raison découle de la volonté d'intégrer à notre étude des cas de sortie particuliers au regard de la théorie générale des obligations : si l'évasion ainsi prévue répond bien à la fonction précédemment dégagée – à savoir la prise en compte d'une perte d'intérêt –, la nature particulière de la relation contractuelle commande qu'il soit versé, au sortant lui-même cette fois, un prix compensant la valeur de la position contractuelle qu'il quitte. (**SECTION 2**).

SECTION 1 Le prix dû par le sortant : l'indemnité de sortie

608. Certains auteurs font de l'obligation pour le contractant d'avoir à verser une somme au titre de sa sortie anticipée une condition de licéité de cette dernière¹³⁴⁹. Cependant, si le législateur prévoit parfois un tel mécanisme, il n'existe pas de réelle trace dans les textes ou la jurisprudence d'un quelconque principe général de ce type. Reste qu'en pratique il est relativement fréquent que les parties prévoient le paiement par le sortant d'une indemnité lors de la mise en œuvre de la faculté de sortie consentie.

¹³⁴⁹ V. C. CHABAS, *l'inexécution licite du contrat*, *op. cit.*, n° 119 et s., p. 116 et s ; C. CORGAS-BERNARD, *la résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.*, spéc. n° 634 et s., p. 294 et s.

609. Ceci nous conduit à tenter de cerner la qualification de cette stipulation (§1), avant d'en dégager le régime (§2).

§1 La qualification de la clause d'indemnité de sortie

610. Quelle est la qualité d'une clause prévoyant l'obligation, pour le sortant, d'avoir à payer une certaine somme au cocontractant ? Nous aurons du mal à cacher les difficultés rencontrées sous la simplicité de l'énoncé de cette question ; nous ne le tenterons donc pas. En théorie la qualité de la stipulation d'une indemnité de sortie semble aisée en ce que ce n'est pas une clause pénale. Mais, en raison de l'enjeu évident de la qualification, qui peut conduire à reconnaître au juge le pouvoir de réviser le montant prévu, l'observation de la pratique révèle rapidement l'existence de difficultés (A.) ; de même qu'il reste encore à savoir ce que représente exactement le prix de la sortie (B.).

A. L'exclusion de la qualification de clause pénale

611. Nous rappellerons brièvement les principales caractéristiques de la clause pénale (1.) avant de les confronter à celles de la stipulation d'une indemnité de sortie (2.).

*1. Les caractéristiques de la clause pénale*¹³⁵⁰

612. La clause pénale est la stipulation contractuelle par laquelle un contractant s'engage, en cas d'inexécution d'une obligation, à verser à l'autre partie, à titre de dommages-intérêts, une somme forfaitaire. En raison des dispositions du Code civil concernant cette clause, deux conceptions semblent possibles¹³⁵¹ : une extensive, qui serait celle, visée par l'article 1152, prévoyant que celui qui manquera d'exécuter la convention payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts ; une plus restrictive et visée par l'article 1226 disposant qu'il s'agit de la stipulation « *par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».

¹³⁵⁰ V. de manière générale D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Bibl. dr. priv. T. 223, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas ; W. DROSS, *Clausier, op. cit.*, V° pénale, p. 462 et s. ; J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, V° Clause pénale par P.-D. CERVETTI, n° 1351 et s., p. 763 et s.

¹³⁵¹ V. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 1351, p. 763 ; P. DELEBECQUE, *Régime de la réparation, modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Clause pénale*, JurisClasseur Civil Code, art. 1146 à 1155, n° 6 et s.

613. On voit alors bien que la différence réside dans l'existence du caractère comminatoire¹³⁵². Et c'est la première conception qui a plutôt les faveurs du droit positif¹³⁵³, ce qui nous permet de préciser, dans le cadre d'une approche fonctionnelle, que la clause pénale doit avoir pour objet de contraindre le débiteur d'une obligation à son exécution en le sanctionnant en cas d'inexécution par l'obligation, en général, d'avoir à payer au créancier un forfait évalué par avance et censé réparer le préjudice qu'il subi.

614. Sans trop entrer dans les détails de l'analyse, il faut donc, tout d'abord, que la clause exerce une *contrainte* sur le débiteur de l'obligation. Mais pas n'importe quelle contrainte : une contrainte supérieure à celle qui pèse déjà, en vertu du droit commun de la responsabilité contractuelle, sur la partie qui s'est engagée à exécuter une obligation. Le débiteur doit vouloir éviter la *peine* prévue. Quel effet – « spécialement » – comminatoire peut bien avoir une disposition rappelant seulement au débiteur que, s'il n'exécute pas ou mal, il risque d'avoir à payer des dommages et intérêts pour indemniser le créancier ? C'est pour cela qu'on peut considérer que la clause pénale *lato sensu*, ne visant qu'à obliger le débiteur à payer « *une certaine somme à titre de dommages-intérêts* »¹³⁵⁴, ne devra être considérée comme une véritable clause pénale qu'à raison de la « *forte évaluation des dommages-intérêts dus, supérieurs au préjudice prévisible* »¹³⁵⁵.

615. La clause doit ensuite assurer la sanction d'une inexécution contractuelle, par l'obligation pour le débiteur défaillant d'avoir, généralement, à payer une somme forfaitaire réparant le préjudice subi par le créancier. Nous ne nous attarderons point sur la notion de forfait¹³⁵⁶ et nous contenterons d'insister sur un aspect important au regard de notre étude : l'existence d'une obligation à la charge du contractant – lequel sera sanctionné si l'aspect comminatoire n'a pas rempli son rôle – est inhérente à la notion de

¹³⁵² V. J. MESTRE, obs. *RTD civ.*, 1985, pp. 372 et s.

¹³⁵³ Dans un certain mépris, toutefois, du texte de l'article 1152 du Code civil qui, en définitive, n'envisage pas l'existence d'un aspect comminatoire pour que la clause soit réductible. Ce n'est pas dire qu'il existe une déformation de la notion de clause pénale, c'est dire que l'article 1152 n'envisage peut-être pas que la réduction des clauses pénales *stricto sensu*. Or, la jurisprudence écarte le pouvoir de réduction dès lors qu'il n'y a pas de contrainte sur le contractant. V. not. en ce sens J.-S. BORGHETTI, *RDC* 2008, p. 1158 et s.

¹³⁵⁴ Article 1152 C. civ.

¹³⁵⁵ J. MESTRE, obs. précitées, p. 373.

¹³⁵⁶ V. par ex. Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 265 ; *JCP éd. G* 2008, I, 125, n° 13, obs. P. STOFFEL-MUNCK. En l'espèce, la clause prévoyait l'obligation pour le débiteur défaillant d'indemniser le créancier « *dans la limite du préjudice subi* » par ce dernier. La Cour de cassation rejeta alors le pourvoi du débiteur désirant voir le montant révisé à la baisse car la clause en question « *ne prévoit pas le règlement d'une indemnisation forfaitaire* », de sorte que « *la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause constitue une clause limitative de responsabilité, et non une clause pénale* ».

clause pénale. Il semble évident qu'il ne saurait y avoir de sanction là où il n'y a pas d'obligation. Si cela ne pose en théorie aucune difficulté, il est parfois compliqué de déterminer l'existence même d'une obligation¹³⁵⁷. En témoigne ainsi le contentieux en matière d'indemnité d'immobilisation contenue dans une promesse de vente : le montant à la charge du bénéficiaire d'une promesse de vente unilatérale décidant de ne pas acheter n'est pas une clause pénale, dans la mesure où ce potentiel acheteur n'est pas obligé d'acquiescer mais dispose bien d'une *option*¹³⁵⁸ ; en revanche, la même clause stipulée dans une promesse synallagmatique constitue bien une clause pénale si le montant est dû par l'acheteur refusant de réitérer la vente alors même que toutes les conditions suspensives sont réalisées¹³⁵⁹, car il s'était alors bien engagé à signer l'acte authentique¹³⁶⁰.

616. Sans réelle surprise, c'est essentiellement au regard de ce point qu'il convient de déterminer la juste mesure du rapprochement de cette notion de clause pénale avec la stipulation prévoyant une indemnité de sortie anticipée.

2. Le rejet de la notion de clause pénale

617. Le principe sera posé simplement (*a*)), alors que l'observation de la pratique révélera rapidement la présence de difficultés conduisant nécessairement à la reconnaissance, parfois forcée, de certaines exceptions (*b*)).

a. Le principe du rejet

618. Inutile d'entretenir un suspense qui n'a pas lieu d'être : la clause prévoyant le versement, par le titulaire d'une clause de sortie, d'une somme d'argent au cocontractant lors de la mise en œuvre de la faculté n'est pas, en théorie, une clause pénale. En effet,

¹³⁵⁷ En effet, « *la marge est étroite entre des sommes prévues pour réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation et d'autres destinées à indemniser un préjudice d'une autre origine [...]* » (J. MESTRE, obs. précitées).

¹³⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 1984, *Bull. civ.*, III, n° 207 ; *D.* 1985, p. 544, note F. BENAC-SCHMIDT ; *RTD civ.* 1985, p. 372, obs. J. MESTRE, et p. 592, obs. P. REMY ; *JCP éd. G* 1985, II, 20555, obs. G. PAISANT, *Deffrénois* 1985, art. 33590, note J.-L. AUBERT ; *Deffrénois* 1986, art. 33653, note J.-M. OLIVIER.

¹³⁵⁹ Il convient en effet de distinguer « l'indemnité d'immobilisation » due en cas de refus de l'acheteur de réitérer la vente de celle prévue en cas de non réalisation de la vente définitive à raison de la défaillance d'une condition suspensive. Seule la première sanctionne une inexécution. V., pour une illustration de la seconde, Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2002, *Bull. civ.*, III, n° 90 ; *Deffrénois* 2002, p. 1257, obs. E. SAVAUX ; *RDC* 2003, p. 99, obs. F. COLLART-DUTILLEUL. Bien entendu, il s'agit d'une clause pénale si l'indemnité est due en cas de non réalisation de la condition suspensive imputable au contractant : Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2008, *Bull. civ.*, III, n° 139, *RLD civ.* 2008/54, n° 3175, obs. V. MAUGERI, *RDC* 2009, p. 60, obs. D. MAZEAUD ; *RDC* 2009, p. 88, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2008, p. 675, obs. B. FAGES.

¹³⁶⁰ V. par ex. Cass. com., 27 mars 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 90 ; *D.* 1990, jur., p. 390 ; *RTD civ.* 1990, p. 515, obs. P. REMY.

l'indemnité conventionnelle ne trouve pas sa raison d'être dans l'inexécution par le débiteur d'une obligation, mais représente le coût de l'exercice d'un droit reconnu par le contrat. Aucun manquement ne peut être imputé au sortant : il n'a pas violé la durée de l'engagement puisqu'il s'en est départi de manière légitime par mise en œuvre d'un dispositif auquel les parties ont consenti.

619. Plus précisément l'obligation d'avoir à respecter la durée prévue pour l'engagement existe bel et bien. Il s'agit d'un contrat à durée déterminée. Mais les parties, à la formation de la relation, ont choisi de créer une ou des hypothèses dans lesquelles cette obligation pouvait être considérée comme résolue, permettant une sortie anticipée de la relation. Ainsi, lorsque la sortie est correctement opérée dans ce cadre, l'obligation n'existe plus et donc l'indemnité prévue en ce cas ne sanctionne aucun manquement. Un droit de sortie est né à la survenance de l'événement prévu par la clause et la légitimité du sortant est alors de même nature que celle de la partie à un contrat à durée indéterminée exerçant sa faculté de résiliation unilatérale.

620. La jurisprudence ne s'y trompe pas d'ailleurs, refusant la qualification de clause pénale pour les indemnités prévues en cas de résiliation unilatérale du contrat conclu sans prévision d'une durée¹³⁶¹, comme pour la somme devant être versée par le titulaire d'une faculté de sortie anticipée qu'il met en œuvre¹³⁶² : cette indemnité est donc le prix de l'exercice d'un droit et non l'indemnisation forfaitaire d'un préjudice qu'aurait à subir le cocontractant du fait d'une inexécution contractuelle. Il en découle qu'elle ne peut être réduite sur le fondement de l'article 1152 du Code civil.

¹³⁶¹ V. Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *Bull. civ.*, I, n° 56 ; *JCP éd. G* 2002, II, 10067, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RTD civ.* 2001, p. 589, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006, *PA* 25 sept. 2006, p. 6, avis J. SAINTE-ROSE.

¹³⁶² V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2005, *D.* 2005, p. 2218, obs. X. DELPECH : « *Attendu que pour condamner la banque à rembourser une certaine somme, l'arrêt attaqué retient que la stipulation litigieuse constitue une clause pénale, en ce qu'elle sanctionne le transfert du plan d'épargne populaire qui, s'il n'emporte pas rupture de l'opération d'épargne, n'en constitue pas moins une rupture de la relation contractuelle existant entre le souscripteur et l'établissement avec lequel le plan avait été conclu, et que cette rupture contractuelle, parce qu'elle était autorisée, ne saurait être plus lourdement sanctionnée qu'une rupture illicite par inexécution frontale du contrat assortie d'une clause pénale ; Attendu qu'en se déterminant par des motifs qui établissaient que le transfert constituait une faculté ouverte à l'épargnant, en sorte que l'indemnité forfaitaire convenue par avance ne sanctionnait pas l'inexécution d'une obligation contractuelle, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». V. encore Cass. com. 17 juin 2009, n° 08-15.156, *inédit* (contrat de maintenance) et Cass. 3^{ème} civ. 26 févr. 2013, n° 12-13.863, *inédit* (contrat de maîtrise d'œuvre) ; CA Versailles, 19 juin 2012, RG n° 11/03049 ; CA Caen, 21 oct. 2010, RG n° 08/04081. V. surtout la jurisprudence relative à la résiliation anticipée du contrat de crédit-bail immobilier : *cf. infra*.

621. Il n'en ira autrement que dans certaines hypothèses qu'il convient de rapporter.

b. Exceptions

622. Nous écarterons d'emblée les clauses qui, du fait de leur rédaction ambiguë, peuvent être réduites car en réalité elle ne représentent pas la contrepartie d'une faculté de sortie anticipée. Nous pensons ici à ces stipulations – relativement fréquentes en pratique – qui prévoient, tout de suite après avoir fixé la durée du contrat, que le contractant devra une indemnité en cas de rupture avant le terme. Ladite clause pourrait être rédigée ainsi, sous l'intitulé « *Durée* » : « *Le présent contrat est conclu pour une durée de deux années à compter de la signature des présentes. En cas de rupture anticipée, le client devra payer une indemnité correspondant à [...]* »¹³⁶³. La stipulation d'une faculté de sortie n'est pas claire¹³⁶⁴ et il n'est pas certain que le juge qui serait saisi du contentieux, et contraint d'interpréter les clauses du contrat si les demandes sont bien formulées, découvre l'existence d'une faculté doublée d'une obligation de verser une indemnité en cas de mise en œuvre par son titulaire ; en effet, on peut y voir une clause pénale en cas d'inexécution totale du contrat par rupture – illicite donc – avant terme¹³⁶⁵. Comme on l'a vu, l'autorisation de se départir de manière anticipée d'une relation encadrée dans le temps doit être expresse, toute ambiguïté étant de nature à créer un risque de contentieux¹³⁶⁶.

¹³⁶³ Nous avons également déjà eu l'occasion d'observer la construction suivante dans un contrat – « type » – de maintenance : un article distinct inséré en début de contrat fixe la durée, réputée irrévocable, et la prévision de l'indemnité en cas de sortie anticipée se retrouve dans un article consacré à l'inexécution du client, rédigé ainsi : « [...] *en cas d'inexécution de l'une quelconque des obligations mises à la charge du client, la Société [...] aura la faculté de résoudre le contrat un mois après une mise en demeure restée vaine. [...] En cas de rupture anticipée, le client devra payer une indemnité correspondant à [...]* ».

¹³⁶⁴ Une clause rédigée ainsi, présente dans un contrat d'entreprise conclu pour une durée déterminée et sans possibilité expresse de sortie anticipée, nous a également été soumise : « *En cas de rupture anticipée par le client, laquelle devra intervenir par courrier recommandé, celui-ci sera redevable d'une indemnité d'un montant correspondant à [...]* ». Contrairement aux formulations précédentes, la stipulation prévoit ici une modalité d'envoi de la notification de la résiliation – « *par courrier recommandé* » –, ce qui permet de supposer l'existence d'une décision et donc d'envisager l'existence d'une option licite pour le client, d'une faculté... Si cette clause reste mal rédigée, la qualification de clause pénale paraît déjà plus difficile à admettre.

¹³⁶⁵ V. par ex. CA Versailles, 27 oct. 2010, *JurisData* n° 2010-022579.

¹³⁶⁶ Il ne faut pas négliger, cependant, l'intérêt que peut avoir un contractant d'insérer une stipulation ambiguë : cette clause peut dissuader le cocontractant de rompre par anticipation, parce qu'un prix devra être versé mais surtout parce qu'aucune faculté ne lui est reconnue de manière évidente ; et, en cas de rupture, le premier pourra toujours tenter de faire écarter la qualification de clause pénale et ainsi éviter la réduction par le juge du montant prévu. V. ég. en ce sens C. WILLMANN, note sous Cass. com. 14 oct. 1997, *D.* 1999, p. 103, spéc. n° 9.

623. Ensuite, deux types de stipulations doivent être évoquées pour illustrer nos propos : les clauses d'indemnité de sortie incluses dans les contrats de travail¹³⁶⁷ et les clauses qui, du fait de leur rédaction, peuvent s'appliquer indifféremment à une sortie légitime ou illégitime.

624. Force est de constater, au titre des premières, que la qualification de prix de la sortie, non réductible, ne se retrouve pas dans la jurisprudence. Celle-ci semble bien établie, la chambre sociale de la Cour de cassation¹³⁶⁸ rappelant régulièrement et vigoureusement au visa de l'article 1152 du Code civil que « *l'indemnité de licenciement, lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail, a le caractère d'une clause pénale et peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif* »¹³⁶⁹. Il est bien difficile, au regard de la théorie générale, de justifier une telle position : l'employeur ne fait qu'user de son droit, même très réglementé, de licencier un salarié titulaire d'un contrat à durée indéterminée et ne commet aucun manquement contractuel¹³⁷⁰. On peut alors estimer que des considérations d'ordre politique sont à l'œuvre¹³⁷¹ ; et ce dans le but compréhensible, par exemple, de ne pas avoir à verser une indemnité excessive à un haut cadre licencié pour motif économique¹³⁷² ou de ne pas venir trop entraver le droit de licencier¹³⁷³. Plus que la solution, c'est donc la méthode qui choque : justifier péniblement

Nous estimons pourtant qu'une telle clause ne devrait pas être qualifiée de clause de sortie payante, parce que la possibilité de ne pas respecter la durée doit être clairement prévue et parce que cela conduirait parfois à reconnaître l'efficacité d'une stipulation introduite de manière quelque peu abusive.

¹³⁶⁷ V. à ce sujet, D. MAZEAUD, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc. 1994, p. 343.

¹³⁶⁸ La Cour régulatrice contrôle donc la qualification de la stipulation mais s'en remet au pouvoir souverain des juges du fond pour la détermination de l'éventuel caractère excessif du montant prévu : v. par ex. Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-17.181, *inédit* ; Cass. soc., 22 juin 2011, *Bull. civ.*, V, n° 160 ; *RJS* 2011, p. 701 ; *Dr. soc.* 2011, p. 1122, note J. MOULY.

¹³⁶⁹ V. Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-17.181, *inédit* ; Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-68.786, *inédit* ; Cass. soc., 18 nov. 2009, *JCP éd. S* 2010, jur., 1113, note A. MARTINON ; Cass. soc., 5 juin 2008, *RDC* 2008, p. 1158, obs. J.-S. BORGHETTI ; Cass. soc. 3 oct. 2002, *RJS* 2003, n° 185. V. déjà Cass. soc., 17 mars 1998, *Bull. civ.*, V, n° 142 ; Cass. soc., 7 mars 1979, *Bull. civ.*, V, n° 210. Pour les juridictions du fond, v. par ex. CA Versailles, 14 sept. 2011, RG n° 09/04560 ; CA Paris, 24 juin 2008, RG n° 07/01617.

¹³⁷⁰ En ce sens, v. par ex. J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2012, n° 553, p. 575 ; S. PIMONT, *Répertoire Civil Dalloz*, V^o Clause pénale, n° 53. Ce d'autant plus que la Cour de cassation affirme par ailleurs, certes en matière d'indemnité légale, que « *l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur* » (Cass. civ. 2^{ème}, 11 oct. 2007, *Bull. civ.*, II, n° 228 ; *D.* 2008, p. 582, note J. MOULY ; *JCP éd. G* 2008, I, 125, n° 3, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2008, p. 111, obs. P. JOURDAIN.

¹³⁷¹ V. ainsi, pour la réduction du montant d'un « parachute doré », CA Lyon, 3 déc. 2010, RG n° 10/01173.

¹³⁷² À supposer ce motif de licenciement « réel et sérieux », voici donc une entreprise en difficulté qui, pour tenter de se redresser en se restructurant, doit avant tout régler de fortes indemnités ! V. en ce sens, A. MAZEAUD, *Droit du Travail*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2012, n° 723, p. 422.

¹³⁷³ La révision de la clause pénale – en général à la baisse car sollicitée par l'employeur – permet en effet de venir réduire une indemnité qui par son montant peut entraver la liberté de l'employeur de licencier. V. D. MAZEAUD, *art. cit.*, n° 34.

une – heureuse – possibilité de diminuer le montant d’une indemnité de rupture... Le droit spécial pourrait opportunément trouver à évoluer. Enfin, « exception dans l’exception », et donc retour au droit commun, la clause d’indemnité de licenciement n’est pas une clause pénale lorsqu’elle n’est pas prévue par le contrat mais par la convention collective applicable de plein droit¹³⁷⁴ ou même par une convention collective à laquelle les parties ont volontairement décidé de soumettre leur relation¹³⁷⁵.

625. On doit ensuite envisager un autre type de stipulation : celle prévoyant, dans un contrat à durée déterminée, le versement d’une indemnité en cas de rupture anticipée « *quelle qu’en soit la raison* », alors qu’il existe par ailleurs une faculté de sortir de manière anticipée offerte au débiteur de l’indemnité. Quelle est alors la nature de la stipulation ? Une indemnité de sortie, car elle est exigible en cas d’exercice de la faculté, ou une clause pénale, car elle devra également être versée en cas de rupture illicite ou de mise en œuvre d’une clause résolutoire par le bénéficiaire de l’indemnité ? Les deux assurément, et le problème réside dans la méthode de qualification : doit-on systématiquement qualifier cette stipulation de clause pénale parce qu’elle est *susceptible* d’être mise en œuvre en cas de rupture illicite, ou doit-on écarter cette qualification chaque fois qu’elle aura, *effectivement*, été invoquée après une sortie anticipée licite ? Peu d’éléments, du reste, diffèrent dans les deux hypothèses : la clause prévoit le versement d’une indemnité, censée assurer la réparation d’un préjudice *lato sensu*, par l’octroi d’une somme forfaitaire. Peu importe le motif de la rupture, la stipulation reste dissuasive puisqu’elle tend, d’une part, à empêcher l’inexécution et, d’autre part, à restreindre l’usage d’une faculté de sortie en la soumettant à un paiement. C’est donc le seul motif de la cessation anticipée qui devrait être scruté, ce qui n’est envisageable qu’après mise en œuvre de la faculté.

626. Ce n’est pas la première fois que nous abordons ce type de considérations, puisque le débat sur la détermination de la potestativité illicite d’une condition¹³⁷⁶ contient la même interrogation : quelle doit être la position de l’analyste ? En raison,

¹³⁷⁴ Cass. soc., 14 mai 1987, *Bull. civ.*, V, n° 320 ; *RTD civ.* 1988, p. 531, obs. J. MESTRE ; *JCP éd. E* 1988, II, 15129, note M. DEFOSSEZ. ;

¹³⁷⁵ Cass. soc., 9 nov. 2011, *Bull. civ.*, V, n° ; *JCP éd. G* 2012, p. 95, n° 57, note P. LOKIEC ; *JCP éd. S* 2012, 1123, note B. BOSSU ; *Dr. soc.* 2012, p. 418, note G. COUTURIER. On aurait pu penser que la soumission volontaire à une convention collective confère à l’indemnité un caractère contractuel ; mais, manifestement, la Cour de cassation a considéré que cette « application volontaire », en l’absence de véritable « incorporation », n’était pas la nature conventionnelle de la clause. V. sur ce point P. LOKIEC, note précitée.

¹³⁷⁶ Cf. *supra*.

peut-être, de notre attachement à la fonction des stipulations, nous préférons l'observation de l'exécution à celle de la volonté des parties lors de la formation, laquelle conduit, outre les recherches divinatoires qu'elle suppose, à donner trop d'importance à l'existence d'un « simple » risque. De plus, en ce qui concerne la prévision d'une indemnité de sortie, la question ne se posera guère que lorsqu'elle sera réclamée. On ne voit pas bien qu'un contractant invoque utilement les dispositions de l'article 1152 du Code civil pour voir le juge du contrat diminuer le montant prévu par une clause qui n'a pas été mise en œuvre. Contrairement à la condition potestative, la nullité de l'obligation n'est pas prévue, ce qui écarte le risque que d'opportunistes contractants s'emparent de la stipulation afin de tenter, par une demande d'anéantissement du contrat, d'échapper à leurs obligations pour des raisons illégitimes.

627. La possibilité pour le tribunal de diminuer le montant devrait dépendre des circonstances de la sortie : si les motifs de sortie sont illicites, ou si c'est le titulaire de l'indemnité qui a résolu le contrat pour inexécution, la clause doit être regardée comme une clause pénale car elle en alors – *effectivement* – toutes les caractéristiques¹³⁷⁷ ; en cas de licéité de la sortie, il ne s'agira « que » du coût à verser pour l'usage de la prérogative, irréductible selon l'utilisation actuelle de l'article 1152 du Code civil. Nous n'avons pu trouver trace d'un tel raisonnement dans la jurisprudence¹³⁷⁸ ; et ce, non pas qu'on ne puisse trouver des décisions portant sur une clause d'indemnité de sortie rédigée ainsi¹³⁷⁹, mais parce que la question n'était jamais posée au juge en ces termes. Si ce dernier a déjà qualifié ladite stipulation de clause pénale, c'est nous semble-t-il pour de mauvaises raisons¹³⁸⁰. Inversement, la Cour de cassation, en matière de remboursement anticipé d'un prêt, a déjà sanctionné une cour d'appel pour avoir procédé à la réduction du montant de l'indemnité contractuelle due quelle que soit la cause du remboursement, alors qu'en l'occurrence ledit remboursement était semble-t-il réclamé en application d'une clause de

¹³⁷⁷ Rapp. A. COHEN, *Crédit-bail immobilier, Contentieux*, JurisClasseur Construction – Urbanisme, fasc. n° 115-20, spéc. n° 17.

¹³⁷⁸ V. toutefois, procédant à une distinction pédagogique : T. com. Paris, 28 oct. 1996, RG n° 95/033044.

¹³⁷⁹ V. CA Grenoble, 31 mai 2012, RG n° 09/04985 : en l'espèce, la clause prévoyait que « *dès la résiliation du contrat, quel qu'en soit le motif, le locataire doit immédiatement restituer le matériel et verser au bailleur, outre les sommes impayées au jour de la résiliation, une somme égale à la totalité des loyers à échoir jusqu'au terme prévu du contrat, augmentée d'une indemnité compensatoire du préjudice subi et du coût de la gestion contentieuse égale à 10 % du prix d'achat hors taxes du matériel en cas de recouvrement amiable ou judiciaire* ».

¹³⁸⁰ *Idem* : « *la clause du contrat de location, qui met à la charge du preneur en cas de résiliation avant terme du contrat une indemnité destinée à réparer le préjudice subi par le bailleur, égale à l'intégralité des loyers restant à échoir, dont l'exigibilité est ainsi anticipée, est stipulée à la fois pour contraindre le preneur à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur. Elle constitue donc une clause pénale [...]* ». Nul recours à la notion d'inexécution.

déchéance du terme mise en œuvre en raison de la défaillance de l'emprunteur¹³⁸¹. Il était bien demandé à l'emprunteur une indemnité suite à son inexécution, mais la haute Cour a fait prévaloir une des fonctions possibles de la stipulation et l'absence d'effet comminatoire en retenant que « *ne constituait pas une clause pénale la stipulation d'intérêts dont l'objet n'était pas d'assurer l'exécution des obligations des emprunteurs mais de rétablir, dans tous les cas, le remboursement anticipé, un taux moyen constant (sic)* ».

628. Cela nous conduit à formuler plusieurs observations. Tout d'abord, cette dernière position ne pourrait-elle pas permettre au contractant en position de force, c'est-à-dire celui rédigeant le contenu du contrat auquel on ne fait qu'adhérer, d'échapper à toute réduction de l'indemnité stipulée sur le fondement de l'article 1152 du Code civil ? Il lui suffirait en effet de prévoir, au sein d'une seule stipulation contractuelle, le paiement de l'indemnité en cas de sortie anticipée, quel qu'en soit le motif – mise en œuvre d'une clause résolutoire ou survenance de tout autre événement conditionnant une autre faculté de sortie. Ensuite, en dehors du « domaine » des contrats d'adhésion, et dans le but d'éviter toute difficulté, les parties feront bien de prévoir deux stipulations distinctes. Surtout, enfin, on voit bien combien la distinction établie entre les deux types de stipulations peut paraître artificielle ; et l'on comprend, alors, la position de certains auteurs quant à l'interprétation de l'article 1152 du Code civil¹³⁸², c'est-à-dire quant à l'opportunité de considérer comme réductible toute stipulation d'une indemnité forfaitaire, fût-elle le prix de la sortie. Qualification qu'il nous reste désormais à présenter.

B. La qualification de prix de la sortie¹³⁸³

629. En principe, donc, l'indemnité contractuelle de sortie n'est pas une clause pénale, en l'absence de sanction d'une inexécution, mais « seulement » le coût de l'exercice de la faculté de sortie¹³⁸⁴. Quel peut bien alors être le « prix » d'une telle prérogative ? Nous ne nous posons pas ici la question du « juste » prix, cela nous

¹³⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1992, *D.* 1993, somm. comm., 213, note P. DELEBECQUE ; *Contr., conc., consom.* 1993, comm. n° 41, obs. L. LEVENEUR ; *JCP éd. N* 1993, 217, note F. STEINMETZ

¹³⁸² J. MESTRE, obs. *in RTD civ.* 1985, p. 373. J.-S. BORGHETTI, obs. précitées.

¹³⁸³ V. en premier lieu, pour la qualification de prix, B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, th. préc., n° I-85, I-91 et II-85.

¹³⁸⁴ V. Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, précité : « *la cour d'appel a exactement jugé que l'indemnité contractuelle de résiliation litigieuse aménageait simplement les conditions de la rupture du contrat et ne représentait que le prix de la faculté de résiliation [...]* » (nous soulignons).

occupera plus tard, mais, simplement, ce que vient rémunérer cette somme. En avançant qu'il s'agit de la contrepartie de l'octroi d'une faculté de sortir avant le terme extinctif prévu, toutes les questions que l'on peut se poser ne trouvent pas de réponse. Pourquoi une telle contrepartie est-elle stipulée ? Pourquoi *devrait-elle* être prévue ? Plusieurs pistes doivent être poursuivies.

630. Tout d'abord, il n'est pas inutile de rappeler que lorsque le contrat est à durée déterminée, il doit en principe être exécuté jusqu'au terme prévu. Dans ce cadre, l'octroi d'une faculté de sortie anticipée au profit de l'un des contractants est un avantage consenti par l'autre partie qu'il ne paraît pas saugrenu de facturer. Si cela ne saurait ôter au droit de sortie son caractère potestatif¹³⁸⁵, on doit bien convenir que ce prix en rend l'exercice potentiellement plus juste et peut servir au négociateur pour la stipulation dans le contrat d'une faculté de sortie jugée essentielle.

631. Ensuite, il ne faut pas négliger les vertus dissuasives de la stipulation, bien qu'elles soient atténuées et que ce ne soit pas là une fonction déterminante¹³⁸⁶. Même en l'absence de toute idée de sanction, cette clause partage cette caractéristique avec la clause pénale : la prévision d'une indemnité à verser peut dissuader le titulaire d'une faculté de sortie de s'en servir. Non pas que la mise en œuvre de la faculté le conduirait à payer plus que si le contrat avait été poursuivi – auquel cas il s'agirait de l'effet parfaitement comminatoire de la clause pénale –, mais tout simplement parce qu'il existe une somme à verser ; ce qui, à tout le moins, doit conduire le contractant à réfléchir quant à l'opportunité de sortir prématurément¹³⁸⁷.

632. Surtout, le prix à payer représente – ou doit représenter – le rétablissement d'un équilibre, le redressement de « l'économie générale du contrat » telle que voulue par les parties à la formation et qui s'est trouvée entamée du fait de la sortie anticipée. C'est qu'en effet, si la sortie peut procéder d'un certain déséquilibre survenu en cours d'exécution du contrat, cette décision peut elle-même être génératrice d'un déséquilibre, au détriment cette fois du cocontractant du sortant : les modalités d'exécution de l'obligation, comme son *quantum*, sont bien souvent fixés à la conclusion de la relation,

¹³⁸⁵ Cf. *supra*.

¹³⁸⁶ On peut toutefois douter du bien fondé de cette affirmation en matière de crédit-bail immobilier, le crédit-bailleur tentant bien souvent, par la stipulation d'une forte indemnité, de dissuader franchement le preneur d'exercer la faculté de résiliation anticipée que le contrat doit impérativement prévoir.

¹³⁸⁷ Rappr. C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, *op. cit.*, n° 623, p. 290.

en fonction de la durée initialement prévue. Raccourcir cette durée a donc nécessairement une influence sur l'équilibre financier institué et, si le contrat ne prévoit rien et que la sortie est légitime, le cocontractant accusera certainement une perte.

633. Pour illustrer nos propos, il suffit d'envisager la conclusion d'un bail de droit commun portant sur la mise à disposition d'un immeuble pour une activité limitée dans le temps, six mois par exemple ; ce contrat prévoirait par ailleurs une faculté de sortie anticipée au profit du preneur en cas de survenance d'un événement déterminé. Le prix a dû certainement être fixé en tenant compte de la durée de la location : on peut en effet imaginer que le propriétaire a consenti un rabais en louant le bien moyennant un loyer mensuel inférieur à ce qu'il aurait pu percevoir s'il avait été loué à la semaine pour la même durée globale. Si le propriétaire a consenti à cette réduction, c'est précisément parce qu'il pouvait compter sur une certaine durée de location, s'évitant ainsi d'avoir à trouver plusieurs locataires et réduisant le risque de périodes d'inoccupation, sources de manque à gagner. La sortie anticipée du locataire au bout de deux mois vient alors bouleverser les attentes du bailleur : le bien aurait pu lui être loué à la semaine pour un prix global plus élevé... L'indemnité de sortie doit donc pouvoir venir compenser ce manque à gagner et représentera alors la différence entre ce qu'a perçu le propriétaire au titre des loyers mensuels, et ce qu'il aurait pu percevoir en loyers hebdomadaires. Il en ira ainsi chaque fois que la quantité dépend de la durée et qu'une réduction est consentie en raison de cette quantité, alors que le cocontractant dispose d'une faculté de sortie anticipée. La mise en œuvre de cette prérogative va forcément venir modifier la quantité effectivement vendue et il n'existe alors plus de raison, rétrospectivement, d'accorder un rabais. Ainsi, si la clause de sortie aboutit à modifier l'imputation du risque lié à la survenance de l'événement conditionnant la faculté, l'indemnisation en fait de même avec celui de la sortie : certaines conséquences financières de l'anticipation vont être mises à la charge du sortant.

634. On peut voir dans ce type d'indemnité compensatrice, consistant en définitive à revenir *a posteriori* sur un avantage consenti lors de la formation du contrat, une composante de l'effet résolutoire de la condition que constitue la clause de sortie : il existe un certain effet rétroactif dans la mesure où il s'agit d'effacer *de jure* et par compensation un élément de la relation contractuelle, en l'occurrence l'octroi d'un rabais dont la raison d'être n'existe plus. L'effet rétroactif vient ici corriger le déséquilibre

consécutif à la sortie anticipée : les avantages consentis en raison de la durée stipulée sont rétroactivement remis en cause. Cela devrait être la fonction principale de toute indemnité pour sortie avant le terme initialement prévu.

635. Ce même raisonnement semble à l'œuvre lorsque le pouvoir réglementaire, en matière de remboursement anticipé d'un crédit immobilier, édicte que « *dans le cas où un contrat de prêt est assorti de taux d'intérêts différents selon les périodes de remboursement, l'indemnité [de remboursement anticipé] peut être majorée de la somme permettant d'assurer au prêteur, sur la durée courue depuis l'origine, le taux moyen prévu lors de l'octroi du prêt* »¹³⁸⁸. Et si l'ampleur du contentieux portant sur le montant de l'indemnité attire toute l'attention lorsqu'il est question d'un contrat de crédit-bail immobilier¹³⁸⁹, il n'en demeure pas moins que la fonction de l'indemnité au profit du crédit-preneur doit également être d'assurer un certain rééquilibrage : « *les parties sont libres de déterminer le montant et le mode de calcul de l'indemnisation dont il s'agit. Elle nous paraît raisonnable et conforme à la nature économique de l'opération si elle correspond à l'encours financier ou capital restant dû à la date de la résiliation unilatérale. On recourrait aussi avantageusement à l'actualisation de la chaîne de loyers restant à courir majorés de la valeur résiduelle, non au taux du contrat – ce qui pénaliserait le crédit-bailleur – mais par exemple au taux de son refinancement... Bref, l'indemnité doit respecter l'équité et la nature financière du crédit-bail* »¹³⁹⁰.

636. Mais l'indemnité contractuelle assure souvent une véritable fonction réparatrice du préjudice, *lato sensu*, subi du fait de la sortie anticipée. S'il s'agit toujours de compenser un manque à gagner, il n'est plus ici question d'indemniser le cocontractant de ce qu'il aurait pu percevoir en plus s'il avait su, lors de la formation du contrat, que la durée théorique d'exécution sera en pratique plus courte. Cela ne correspond pas à la remise en cause des avantages consentis au regard de la durée prévue pour la relation. Ce sont certaines conséquences directes de la sortie anticipée elle-même qui sont prises en compte. Les prévisions légales concernant une telle indemnité permettent de se faire une

¹³⁸⁸ Article R. 312-2 du Code de commerce. V. ég., pour un exemple d'« *indemnité actuarielle* » : CA Paris, 26 nov. 2010, RG n° 08/06641. Cette indemnité de remboursement anticipé permet d'indemniser le prêteur « *si le taux de réemploi du capital [...] est inférieur au taux du prêt donnant lieu à remboursement, d'un montant égal à la différence entre d'une part la valeur à la date du remboursement des annuités restant à échoir actualisées au taux du prêt, d'autre part la valeur sur la base du dernier THE (taux hebdomadaire des emprunts d'Etat) connu deux jours ouvrés avant la notification du remboursement* ».

¹³⁸⁹ Cf. *infra*.

¹³⁹⁰ E.-M. BEY, *Crédit-bail immobilier, régime légal, définition, conditions de fond*, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, Fasc. 650, n° 226.

idée de cette fonction de l'indemnité de résiliation : l'article 1794 du Code civil prévoit ainsi que le maître de l'ouvrage, s'il décide de résilier le contrat avant terme, doit dédommager « *l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ». L'article L. 134-12 du Code de commerce dispose quant à lui qu'« *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* »¹³⁹¹. L'obligation de réparation d'origine légale porte donc tant sur la perte éprouvée que sur le gain manqué du fait de la rupture¹³⁹².

637. Un auteur, travaillant sur la généralisation du droit de résiliation unilatérale pour perte d'intérêt, propose d'ailleurs d'établir le principe d'une indemnité, laquelle serait écartée dans des hypothèses exceptionnelles¹³⁹³. Le sortant doit être « *tenu de compenser les pertes subies par son partenaire du fait de sa décision unilatérale. L'indemnité a en outre pour finalité de rétablir équitablement la charge des risques entre l'auteur de la rupture et son cocontractant* »¹³⁹⁴. Pour l'instant, en l'absence d'un tel principe et lorsqu'aucune disposition légale n'existe à ce propos, les parties devront prévoir une telle obligation, surtout si la faculté de sortie est elle-même d'origine contractuelle, puisqu'en général le législateur n'édicte une obligation d'indemnisation qu'après avoir prévu une faculté de sortie. À défaut, le cocontractant du sortant ne pourra demander une quelconque indemnisation, sauf en cas de sortie fautive.

638. Cette prévision leur est permise, mais dans de « raisonnables » limites comme nous allons à présent le voir.

§2 Le régime de la clause d'indemnité de sortie

639. Si le principe de la validité d'une clause prévoyant l'obligation pour le sortant d'avoir à indemniser son ex-partenaire n'est guère discuté (A.), l'opportunité et la teneur de son contrôle demeurent des points sensibles (B.).

¹³⁹¹ V. ég. l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle, précisant que « *nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer* ».

¹³⁹² V. à ce sujet C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 698 et s., pp. 314 et s.

¹³⁹³ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 634 et s., pp. 294 et s.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

A. La validité de la prévision d'une indemnité

640. Encore une fois, la liberté contractuelle des parties conduit à reconnaître la validité de principe d'une clause d'indemnité de sortie : elles sont libres de prévoir une telle obligation, que la faculté de sortie ait une origine légale ou contractuelle. La jurisprudence n'hésite pas à donner plein effet à ce type de stipulations¹³⁹⁵, même en cas d'indétermination de son montant¹³⁹⁶. Il faut toutefois que la prévision ne contrevienne pas à des dispositions légales impératives¹³⁹⁷.

641. En ce sens, le prêteur ne pouvait, avant la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010¹³⁹⁸, exiger de l'emprunteur le paiement d'une indemnité en cas de remboursement anticipé par ce dernier de son crédit à la consommation. Il ne le peut toujours pas si le montant du remboursement n'excède pas 10 000 euros¹³⁹⁹. Lorsque le montant dépasse ce plafond, aucune pénalité ne pourra non plus être exigée si le remboursement a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement dudit crédit¹⁴⁰⁰. Dans les autres cas, une indemnité pourra être demandée par le prêteur, laquelle est plafonnée en fonction de la durée résiduelle du contrat. C'est du reste la règle applicable en matière de crédit immobilier : une indemnité peut être exigée¹⁴⁰¹, si elle est prévue par le contrat¹⁴⁰², mais elle demeure soumise à un plafonnement¹⁴⁰³.

¹³⁹⁵ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, précité.

¹³⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2000, *Bull. civ.*, I, n° 184 ; *RTD civ.* 2000, p. 830, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2001, somm. comm., p. 1136, obs. D. MAZEAUD. Cass. com., 17 juill. 2001, *Deffrénois* 2001, p. 1425, obs. E. SAVAUX.

¹³⁹⁷ C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 689, p. 312. À l'inverse, les parties ne peuvent pas écarter le versement d'une indemnité de sortie lorsqu'elle est prévue par la loi de manière impérative, ce qui est le cas de l'indemnité à verser à l'agent commercial (L. 134-12 C. com.) mais pas de l'indemnisation de l'entrepreneur en cas de résiliation anticipée du contrat de louage d'ouvrage prévue par l'article 1794 du Code civil.

¹³⁹⁸ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, *JO* 2 juill. 2010, p. 12001.

¹³⁹⁹ Article D. 311-4 du Code de la consommation.

¹⁴⁰⁰ Il en sera de même si le crédit en cause est un crédit renouvelable au sens de l'article L. 311-16 du Code de la consommation, si le remboursement intervient dans une période où le taux débiteur n'est pas fixe ou, encore, en cas d'autorisation de découvert.

¹⁴⁰¹ Article L. 312-21, alinéa 2, du Code de la consommation : « *si le contrat de prêt comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret* ». On relèvera au passage l'assimilation faite par le législateur entre une indemnité destinée à sanctionner une défaillance et une indemnité stipulée en contrepartie de l'octroi d'une faculté...

¹⁴⁰² Le contrat peut également venir interdire des remboursements « *égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde* » : art. L. 312-21, al. 1^{er}, C. conso.

¹⁴⁰³ Article R. 312-2 du Code de la consommation : « *l'indemnité éventuellement due par l'emprunteur, prévue à l'article L. 312-21 en cas de remboursement par anticipation, ne peut excéder la valeur d'un*

642. L'écueil le plus menaçant, en définitive, reste la négation d'une faculté de sortie légale impérative. Mais alors la validité de la clause n'est pas vraiment remise en cause à travers l'existence même de l'obligation d'indemnisation, mais bien plutôt au regard de son *quantum*, lequel doit être soumis à un contrôle.

B. Le contrôle du montant de l'indemnité

643. Nous arrivons ici au cœur des difficultés que suscite la prévision d'une indemnité à verser par le sortant à son ex-cocontractant : quel est donc le « juste » prix pour cette obligation ? Compte tenu des fonctions attribuées à cette stipulation¹⁴⁰⁴, on peut d'emblée apercevoir qu'il n'est pas aisé d'en fixer « justement » le montant à la formation du contrat. C'est pourquoi les parties prévoient bien souvent une somme forfaitaire censée indemniser le cocontractant des pertes et du manque à gagner qu'il subit du fait de la sortie anticipée.

644. Evidemment, si les parties sont en principe libres de déterminer le montant de l'indemnité, plusieurs restrictions doivent être relevées. Le droit de la consommation, par exemple, ne voit pas d'un bon œil la stipulation conduisant à soumettre la rupture du contrat par le consommateur à des exigences plus contraignantes que celle décidée par le professionnel¹⁴⁰⁵ ; la Cour de cassation, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, a d'ailleurs plusieurs fois sanctionné une clause d'indemnité de sortie anticipée¹⁴⁰⁶. Le même Code plafonne le montant de certaines indemnités.

semestre d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt, sans pouvoir dépasser 3 % du capital restant dû avant le remboursement ».

¹⁴⁰⁴ Cf. *supra*.

¹⁴⁰⁵ V. l'article R. 132-2, 8°, du Code de la consommation qui présume – simplement – abusives « les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ». Mais cette disposition devrait-elle être applicable à la clause prévoyant une indemnité contractuelle en cas d'usage par le consommateur de la faculté de sortie anticipée offerte à lui seul par le contrat ? En effet, lorsque le professionnel ne bénéficie d'aucune faculté, le déséquilibre entre les « conditions ou modalités » de la « résolution ou la résiliation » est en faveur du consommateur. À notre connaissance, au demeurant, la jurisprudence n'a jamais relevé le caractère abusif d'une telle clause sur le fondement de cet article. Mais l'article L. 132-1 du Code de la consommation reste applicable, le juge pouvant relever l'existence d'un déséquilibre significatif.

¹⁴⁰⁶ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2002, *Bull. civ.*, I, n° 254. Il s'agissait en l'espèce d'une clause d'indemnité insérée dans un contrat de vente de matériel de télésurveillance de locaux à usage d'habitation. Une remise avait été accordée au consommateur sur le prix de ce matériel, et ce en raison notamment de la conclusion concomitante d'un contrat d'abonnement à durée déterminée renouvelable ; c'est pourquoi le contrat de vente prévoyait, en de résiliation par le client du contrat d'abonnement, le versement de la différence entre le prix réel de l'installation et la somme réglée lors de la signature du contrat de vente. Cette clause, exemple typique de la stipulation ayant pour fonction d'effacer rétroactivement un avantage consenti en raison de la durée de la relation contractuelle, fut jugée abusive par la Cour : « si, du

645. Mais la limite la plus évidente qui va ici nous intéresser est celle de l'exécution par équivalent du contrat (1.). Si le montant apparaît trop élevé au regard de cette exigence, une sanction doit être envisagée (2.).

1. Le plafonnement du montant de l'indemnité

646. Les contractants sont limités dans leur liberté de stipuler une indemnité de sortie par l'existence d'un véritable plafond : le montant de l'indemnité ne doit pas correspondre à l'exécution par équivalent du contrat¹⁴⁰⁷.

647. La raison nous semble évidente : que vaut l'octroi d'une faculté de sortie si, pour l'exercer, le sortant est obligé de payer une somme correspondant en réalité à ce qu'il devrait verser en exécution du contrat jusqu'au terme ? Rien. S'il met en œuvre la faculté dans ces conditions, en effet, il devra exécuter l'équivalent de sa part du contrat sans que son cocontractant soit tenu de réaliser la sienne puisque, par hypothèse, ses principales obligations ne sont plus exigibles suite à la sortie. La jurisprudence semble avoir pris conscience de cette contradiction, du moins en ce qui concerne l'indemnité stipulée dans un contrat pour lequel le législateur a institué une faculté légale de sortie anticipée.

648. En ce sens, tout d'abord, elle admet aujourd'hui¹⁴⁰⁸, en matière de crédit-bail immobilier, qu'une indemnité équivalente à la totalité des loyers restant à échoir au moment de la résiliation est illicite. Cela ne peut surprendre dans la mesure où l'article 1^{er}-2 de la loi du 2 juillet 1966, intégré désormais au Code monétaire et financier à l'article L. 313-9, dispose impérativement en son alinéa second que les contrats de crédit-bail immobilier « *prévoient, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur* ». Ainsi, si la prévision d'une indemnité de résiliation est *possible*, puisque le texte évoque « *les*

rapprochement des articles 2 et 11 du contrat de vente, il résulte que l'engagement pris par M. X... de souscrire auprès de la société [...] un contrat d'abonnement de télésurveillance, pour une durée d'un an renouvelable par tacite reconduction, trouve sa contrepartie dans la remise de la somme de 17 565,52 francs sur le prix du matériel vendu, les conditions auxquelles est subordonné l'exercice, par M. X..., de la faculté de résilier, à tout moment, le contrat d'abonnement, créent, au détriment de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à ces deux contrats ». V. encore récemment CA Versailles, 27 oct. 2011, RG n° 10/00272.

¹⁴⁰⁷ C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, *op. cit.*, n° 130, p. 126 ; C. CORGAS-BERNARD, *op. cit.*, n° 689 et s., pp. 312 et s.

¹⁴⁰⁸ V. auparavant, validant une indemnité dont le montant correspondait à la totalité des loyers restant à échoir jusqu'au terme, Cass. 3^{ème} civ., 6 déc. 1978, *Bull. civ.*, III, n° 366 ; D. 1980, jur., p. 217, note D. LANDRAUD ; *JCP éd. G* 1980, II, 19387, note E.-M. BEY.

conditions » de la sortie, cela ne doit pas remettre en cause l'existence, *obligatoire*, d'une faculté de résiliation anticipée au bénéfice du crédit-preneur. C'est pourquoi la Cour de cassation, saisie d'un contentieux portant sur une « *indemnité égale au cumul des loyers révisés restant à courir jusqu'au terme du bail* », a vigoureusement censuré les juges du fond ayant rejeté la demande de nullité sur le fondement de l'article 1^{er}-2 de la loi du 2 juillet 1966 : « *en statuant ainsi, alors que sous le couvert d'une clause de résiliation anticipée à la demande du preneur, la stipulation dont s'agit tend à l'exécution de toutes les clauses du contrat, supposé non résilié, dans le seul intérêt du crédit bailleur, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹⁴⁰⁹. La jurisprudence semble désormais constante¹⁴¹⁰.

649. Les tribunaux, ensuite, n'adoptent pas un autre comportement lorsqu'ils traitent du montant de l'indemnité prévue par l'article 1794 du Code civil au profit de l'entrepreneur qui a vu son contrat résilié par anticipation¹⁴¹¹ : celui-ci ne peut réclamer, au titre de son indemnisation, le prix initialement prévu pour la réalisation du marché à forfait, car cela conduirait à rendre illusoire la faculté accordée au maître de l'ouvrage qui se trouverait contraint d'exécuter par équivalent le contrat sans recevoir de contrepartie¹⁴¹².

650. Doit-il en être de même lorsque la faculté de sortie anticipée est accordée par le contrat et non par la loi ? La question est légitime dans la mesure où, si la prévision d'un montant trop important pour l'indemnité contractuelle peut conduire à nier la faculté de sortie qui serait par ailleurs accordée, cela n'est pas pour autant constitutif d'une violation d'une disposition impérative. Il n'existe qu'une forme de « contradiction » dans les stipulations : un droit de sortie anticipée – valable dans son principe – est prévu, mais l'application d'une autre stipulation – également valable dans son principe – le rend illusoire. Cette dernière stipulation, en raison de son seul montant, est-elle réellement valable ? C'est une nouvelle fois poser la question de l'arbitrage entre deux clauses du contrat. Nous avons déjà abordé plus haut l'hypothèse d'une clause mal rédigée, laquelle

¹⁴⁰⁹ Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, *Bull. civ.*, III, n° 81 ; *JCP éd. G* 1989, II, 21171, note E.-M. BEY.

¹⁴¹⁰ V. depuis et par ex. Cass. 3^{ème} civ., 2 févr. 2005, n° 03-15.965, reprochant à la cour d'appel qui n'a pas accepté la demande en nullité de ne pas avoir recherché, « *comme il le lui était demandé, si la valeur résiduelle n'était pas équivalente dans son montant à la somme des loyers restant à courir jusqu'au terme normal du contrat* ».

¹⁴¹¹ Il en va de même en matière d'indemnisation du cessionnaire d'une œuvre prévue par l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle et qui conditionne l'exercice du droit de retrait de l'auteur.

¹⁴¹² J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001, n° 32368, p. 1448.

n'institue en réalité aucune faculté de sortie anticipée de la relation¹⁴¹³, mais les stipulations que nous envisageons ici sont différentes car il existe bien, en ce cas, une faculté de sortie clairement prévue.

651. Que penser alors des prétentions d'un contractant saisissant la justice parce qu'après avoir mis en œuvre – imprudemment ? – la faculté que lui offre le contrat, le partenaire lui réclame le montant de l'indemnité, c'est-à-dire l'entier paiement d'une prestation qu'il ne recevra pas ? Le risque de contentieux est d'autant plus élevé que le sortant ne saurait, en principe¹⁴¹⁴, revenir valablement sur sa décision d'évasion sans l'accord du cocontractant¹⁴¹⁵. Ce dernier pourra préférer percevoir le montant de l'indemnité plutôt que de continuer sa relation avec un partenaire « sur le départ », un contractant qui ne désire demeurer dans les liens de la relation qu'en raison du coût qu'il aurait à supporter pour en sortir. Nous n'avons pu trouver trace d'un tel contentieux dans la jurisprudence : peut-être parce que ce type de stipulations est relativement rare ; plus certainement parce que, dans ces conditions, la sortie doit rarement être mise en œuvre.

652. Il faut tout de même tenter de répondre aux questions et nous commencerons pour cela à formuler une nouvelle interrogation : l'indéniable forme de contradiction qui existe conduit-elle à rendre obscure la relation contractuelle au point d'impliquer l'interprétation du contrat par le juge saisi, à tout le moins sur le point de savoir s'il existe une véritable faculté de sortie ? Rien n'est moins sûr : le juge pourra considérer que cette faculté est clairement prévue, de même que l'obligation pour son titulaire d'avoir à indemniser son cocontractant en cas de mise en œuvre. Il peut être considéré que le montant excessif ne rend pas obscures les prévisions des parties sur la faculté de sortie anticipée. Ensuite, lorsque les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce, sanctionnant le fait de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* », sont applicables à la relation, on peut imaginer que la prévision par le rédacteur du contrat d'une indemnité de sortie excessive à la charge de son cocontractant pourra engager sa responsabilité, surtout s'il s'est lui-même réservé un droit d'évasion « gratuit ». La jurisprudence à venir nous éclairera peut-être sur ce point.

¹⁴¹³ Cf. *supra*.

¹⁴¹⁴ C'est-à-dire en l'absence de prévision d'une faculté de repentir par le contrat.

¹⁴¹⁵ Cf. *supra*.

653. Dans l'attente, et de manière plus générale, un fondement de contrôle ne pourrait-il pas être trouvé dans la nécessité d'une contrepartie et donc dans cette notion classique de cause de l'obligation, que l'on peut inclure dans le concept plus large de cohérence¹⁴¹⁶ ? Quelle est donc la cause de cette obligation, pesant sur le titulaire de la faculté entendant s'en prévaloir, d'avoir à payer ce qu'il aurait de toutes façons réglé si le contrat avait continué jusqu'au terme ? L'octroi d'une faculté de sortie anticipée, certes, mais au contenu nécessairement creux. Est-ce bien cohérent d'accorder, d'un côté, une faculté à un contractant si c'est pour, de l'autre, la vider de sa substance, fût-ce dans le but bien compris d'indemniser un manque à gagner ? Car la sortie anticipée, pour en être véritablement une, ne doit pas simplement conduire à la remise en cause abstraite du lien contractuel, elle doit conduire à une situation concrètement différente, pour une partie comme pour l'autre, de l'exécution du contrat jusqu'à son terme¹⁴¹⁷. Si l'on sait que les contours d'un « principe de cohérence » efficient restent à être correctement déterminés¹⁴¹⁸ et qu'il est quelque peu artificiel de contrôler l'existence de la cause au niveau de chaque obligation que contient le contrat¹⁴¹⁹ – ce que la jurisprudence énonce parfois à propos de l'indemnité contractuelle de résiliation¹⁴²⁰ –, il reste qu'on ne peut nier l'évolution récente du rôle de la cause dans le traitement des clauses « abusives », en ce qu'elle peuvent vider l'accord de sa substance, lorsque le droit de la consommation

¹⁴¹⁶ V. de manière générale D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM 2001, préf. H. Muir Watt.

¹⁴¹⁷ Rapp. G. VIRASSAMY, note sous Cass. 3^{ème} civ., 27 nov. 1996, *JCP éd. G* 1997, I, 4039, spéc. n° 9. L'annotateur, approuvant l'invalidation de l'indemnité de résiliation prévue au contrat de crédit-bail et correspondant à la totalité des loyers restant à échoir jusqu'au terme, énonce avec justesse que « *dans une telle hypothèse, il est évident que le contrat de crédit-bail n'eût été que juridiquement résilié et non financièrement* ».

¹⁴¹⁸ V P. SIMLER, *Contrats et obligations, Cause, Absence de cause*, JurisClasseur Civil Code, art. 1131 à 1133, n° 38.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*

¹⁴²⁰ V en ce sens Cass. com., 22 mai 1978, *Bull. civ.*, IV, n° 141. Il était question en l'espèce, dans un contrat de location d'un véhicule automobile, d'une indemnité de résiliation due par le preneur en cas de sinistre total du véhicule non remplacé. Le locataire, dans son pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel ayant écarté la nullité pour absence de cause, soutenait que « *dans le contrat de louage, le risque de la chose est normalement à la charge du bailleur et que, lorsque la chose périt en totalité par suite d'un cas fortuit ou de force majeure, le bail est résilié de plein droit sans qu'il subsiste une obligation quelconque à la charge du preneur, de telle sorte que la cour d'appel ne pouvait estimer que l'indemnité de résiliation [...] trouvait sa cause dans l'évaluation forfaitaire du préjudice subi par le loueur sans préciser quelles prestations du bailleur justifiaient cette dérogation au droit commun [...]* » (nous soulignons). La Cour régulatrice rejeta l'argumentation en ces termes : « *Mais attendu que la cour d'appel a considéré à juste titre que l'obligation [du preneur] n'était pas dans cause, dès lors que, les risques du contrat de louage pouvant être mis librement à la charge de l'une ou l'autre des parties au contrat, [le locataire] avait accepté, lors de la conclusion du contrat, en contrepartie de l'ensemble des obligations contractées par le bailleur, qu'en cas de sinistre total et de non remplacement du véhicule, l'évaluation du préjudice subi par [le bailleur] soit faite forfaitairement dans les conditions prévues* » par ladite clause d'indemnité (nous soulignons).

n'est pas applicable¹⁴²¹. Ce mouvement pourrait alors emporter avec lui l'indemnité contractuelle de sortie anticipée dont le montant correspondrait, pour le sortant, à l'exécution par équivalent du contrat. Mais il existe plusieurs obstacles.

654. Tout d'abord, contrairement à la jurisprudence évoquée, la clause ne contrevient pas ici à une obligation essentielle du contrat mais à une faculté accordée par le contrat. Elle ne remet pas nécessairement « *en question l'ensemble de l'intérêt au contrat pour l'un des contractants* »¹⁴²². Le seul accord ici vidé de sa substance est celui portant sur l'existence d'une faculté de sortie anticipée ; et lorsque sa présence n'est pas impérativement imposée, le contrat peut raisonnablement subsister en son absence. La réalisation de l'opération économique dont le contrat est le support juridique ne semble pas être fondamentalement et systématiquement remise en cause.

655. Ensuite, la Cour de cassation a déjà écarté la nullité d'une indemnité de remboursement anticipé pour absence de cause, au motif « *que la cause de l'obligation au paiement de cette indemnité consistait dans la réparation du manque à gagner subi par le prêteur du fait de la résiliation anticipée du contrat* »¹⁴²³ ; bien qu'en cette dernière affaire le montant de l'indemnité ne semblait pas correspondre à l'exécution du contrat par équivalent pour l'emprunteur, la motivation adoptée peut être transposée à l'hypothèse étudiée : même excessif, le montant prévu vient bien réparer le « *manque à gagner subi par le* » cocontractant du sortant. Ainsi, s'il devient difficile d'affirmer, du point de vue du sortant, que le paiement d'une indemnité est la contrepartie de l'exercice d'un droit – car il est en définitive illusoire –, la cause de l'obligation peut encore être trouvée en considérant l'intérêt du cocontractant. Enfin, et surtout, peu importe le montant prévu, il semble difficile de dissocier l'octroi d'une faculté de sortie de l'indemnité prévue au cas où elle est mise en œuvre : l'invalidation de l'indemnité pose un sérieux

¹⁴²¹ Nous pensons ici essentiellement à l'arrêt « Chronopost » : Cass. com., 22 oct. 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 261 ; *D.* 1997, p. 121, note A. SERIAUX ; *JCP éd. G* 1997, I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP éd. G* 1997, I, 4025, n° 17, obs. G. VINEY ; *JCP éd. G* 1997, II, 22881, note E. COHEN ; *Defrénois* 1997, art. 36516, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997, p. 416, obs. J. MESTRE . V. ég., et entre autres, J.-M. GUEGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, *D.* 1999, chr., p. 352.

¹⁴²² J. ROCHFELD, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Cause, n° 116.

¹⁴²³ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2005, *Bull. civ.*, I, n° 347 ; *D.* 2005, p. 2670, note X. DELPECH. Il était soutenu par l'emprunteur dans son pourvoi que « *du fait du remboursement anticipé, le prêteur ne pouvait plus subir les préjudices résultant de l'immobilisation de la somme et les risques de difficultés de remboursement, et donc n'avait pas à être rémunéré, [de sorte que] la cour d'appel a violé l'article 1131 du code civil* ».

problème, comme nous allons voir. C'est d'ailleurs l'occasion, plus généralement, de poser la question de la sanction de l'indemnité excessive.

2. La sanction de l'indemnité de sortie excessive

656. Au regard des différents fondements abordés pour le contrôle, il convient d'envisager la nullité (*a.*) et la réduction du montant de l'indemnité (*b.*).

a. La nullité

657. Nous employons ici ce terme pour évoquer deux possibilités, deux notions en réalité bien différentes : l'éradication de stipulations contractuelles et l'anéantissement de l'entier contrat.

658. Au titre de la première, dans le prolongement de ce qui vient d'être dit sur l'absence de cause, on peut se poser la question de l'opportunité même de la reconnaissance d'un tel grief à l'encontre de la stipulation d'une indemnité au montant excessif. Si l'on passe outre les obstacles déjà évoqués, il faut admettre que la stipulation encourt alors l'« éradication », mesure propre à rétablir l'intérêt du cocontractant qui se trouvait ruiné du fait de l'introduction d'une clause créant une véritable distorsion¹⁴²⁴. Mais, si le contractant a accordé une faculté d'évasion anticipée, c'est en considération notamment de l'indemnité qu'il était censé percevoir si la relation devait s'arrêter prématurément. Par suite, en cas d'éradication, la sortie sans indemnité bouleverserait sur ce point l'« économie » de la relation. Un déséquilibre en solution d'un autre...

659. La prévision d'une indemnité n'est pas une condition générale de validité de la faculté contractuelle de sortie, mais il faut bien admettre qu'il serait injuste pour le cocontractant, lorsque le principe d'une indemnisation aura été clairement prévu à la charge du sortant, de permettre la sortie sans avoir à déboursier la moindre somme. Devrait-on alors considérer que l'éradication atteint la faculté de sortie elle-même ? Il n'est pas certain que ce soit bien juste non plus, un contractant se voyant ainsi privé d'une faculté qui, sans être absolument essentielle à la relation, a pu être une condition ayant déterminé son engagement. De plus, si l'indemnité excessive devait entraîner dans sa chute la faculté qui l'explique, quel regard porter, *a posteriori*, sur la sortie mise en œuvre ? C'est pourquoi la réduction du montant de l'indemnité apparaît comme la

¹⁴²⁴ V. not. à ce sujet J. ROCHFELD, *art. cit.*, n° 117 et s., spéc. n° 121.

solution s'inscrivant le mieux dans cette difficile recherche de l'équilibre des intérêts en présence. Cela ne vaut bien entendu que lorsque rien de spécifique n'est par ailleurs prévu.

660. En matière de crédit-bail immobilier, le législateur a justement institué une sanction spécifique : la nullité du contrat. Plus précisément, il est impérativement édicté que le contrat doit prévoir, sous cette peine, les conditions de la résiliation anticipée par le crédit-preneur¹⁴²⁵ ; et la jurisprudence décide, comme on l'a dit, que le contrat ne satisfait pas à cette obligation lorsque, « *sous le couvert d'une clause de résiliation anticipée à la demande du preneur, la stipulation dont s'agit tend à l'exécution de toutes les clauses du contrat, supposé non résilié, dans le seul intérêt du crédit bailleur* »¹⁴²⁶. Cette nullité est relative : elle ne peut être invoquée que par le crédit-preneur et l'action se prescrit dans le délai de cinq années suivant la conclusion du contrat¹⁴²⁷. S'il y a eu quelques hésitations jurisprudentielles quant à l'application de la perpétuité de l'exception de nullité¹⁴²⁸, on sait aujourd'hui qu'elle ne saurait être utilement invoquée par le crédit-preneur dans le cadre d'un contentieux portant sur un contrat conclu depuis plus de cinq ans, pour peu qu'il ait eu un début d'exécution¹⁴²⁹.

b. La réduction du montant

661. Nous avons vu que la jurisprudence refuse d'appliquer l'article 1152 du Code civil à l'indemnité de sortie anticipée, et ce peu importe son appellation où le contrat qui la renferme : le juge n'a donc pas le pouvoir de contrôler le montant de cette indemnité et de le diminuer s'il apparaît excessif¹⁴³⁰. Cette position, lorsque le montant à verser par le sortant pour être libéré équivaut peu ou prou à l'exécution du contrat, est critiquable ; et ce pour plusieurs raisons déjà énoncées par la doctrine.

662. Tout d'abord, en opportunité, on peut légitimement se demander s'il est bien juste de refuser la révision d'un montant censé être versé en cas d'inexécution non

¹⁴²⁵ Article L. 313-9 du Code monétaire et financier.

¹⁴²⁶ Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, précité.

¹⁴²⁷ Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1996, *Bull. civ.*, III, n° 116 ; *D.* 1996, I.R., p. 153 ; *JCP éd. N* 1996, II, p. 1594 ; *Contr., conc., consom.* 1996, n° 138 ; *RJDA* 1996, n° 1077. Cass. 3^{ème} civ., 4 oct. 2000, *Bull. civ.*, III, n° 157 ; *RJDA* 2001, n° 74, p. 72 ; *Banque et droit* 2000, n° 74, p. 49.

¹⁴²⁸ V. surtout Cass. 3^{ème} civ., 4 oct. 2000, *Bull. civ.*, III, n° 156 ; *Banque et Droit* 2000, n° 74, p. 49 ; *RJDA* 2001, n° 75, p. 72.

¹⁴²⁹ Cass. 3^{ème} civ., 30 janv. 2002, *Bull. civ.*, III, n° 24 ; *JCP éd. E* 2002, n° 23, p. 890, note T. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* 2002, p. 74 ; *BRDA* 2002, n° 17, p. 10. Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.*, IV, n° 103 ; *JCP éd. G* 2006, IV, 2181. V. encore récemment CA Colmar, 12 avr. 2007, RG n° 03/03263.

¹⁴³⁰ Cf. *supra*.

fautive, alors que la voie de la révision est ouverte au juge lorsque la clause vient sanctionner une inexécution fautive¹⁴³¹ ; surtout que cela incite la partie forte au détournement, c'est-à-dire à prévoir une clause de sortie anticipée illusoire et payante au lieu d'assumer l'insertion d'une disposition comminatoire, de même que cela permet la multiplication de clauses ambiguës. Cela est d'autant plus vrai lorsque la faculté est prévue légalement. Dans ce cadre, l'application de l'article 1152 du Code civil à l'indemnité de sortie anticipée ne choquerait guère.

663. La seconde raison tient à l'interprétation que fait la jurisprudence de cet article : il ne serait applicable qu'à la « pure » clause pénale, celle vraisemblablement visée par l'article 1226 du même code ; c'est-à-dire la stipulation qui a pour fonction d'assurer l'exécution de la convention par le débiteur de la stipulation. Pourtant, à la lecture du premier article, on n'observe aucun renvoi au second, pas plus que l'on ne trouve de mention d'une clause aux vertus comminatoires. Il est « seulement » prévu que le juge peut venir modérer le montant d'une clause qui a pour objet de fixer forfaitairement les dommages et intérêts dus par le débiteur d'une obligation qu'il n'exécuterait point. Or, comme un auteur l'a déjà écrit, « *l'indemnité de dédit, si elle est la contrepartie du droit d'option offert au bénéficiaire de la faculté de dédit, a aussi pour objet de dédommager le cocontractant de celui-ci du dommage qu'il subit lorsque le bénéficiaire décide de mettre fin au contrat* »¹⁴³². On peut d'ailleurs relever un paradoxe : la jurisprudence, pour refuser la nullité sur le fondement de l'article 1131 du Code civil, met en avant l'existence de la fonction indemnitaire de cette stipulation comme cause de l'engagement de son débiteur¹⁴³³, surtout lorsque la contrepartie – une faculté de sortie – semble en réalité illusoire ; alors qu'à l'inverse le juge fera prévaloir la fonction libératrice de la clause pour refuser la révision du montant sur le fondement de l'article 1152 du Code civil, bien que cet article vise justement la fonction indemnitaire de la clause révisable...

664. Ensuite, lorsque le montant de l'indemnité correspond à l'exécution par équivalent de la relation, cela vide nécessairement de sa substance la faculté de sortie anticipée, de telle sorte que l'on pourrait considérer qu'elle n'existe pas en réalité. Et, donc, si aucune possibilité de sortie n'est véritablement prévue par le contrat, il devient

¹⁴³¹ V. en ce sens C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat, op. cit.*, n° 129, pp. 125-126.

¹⁴³² Y. DAGORNE-LABBE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *JCP éd. G* 2002, II, 10067.

¹⁴³³ Cf. *supra*.

possible de considérer que l'indemnité de « sortie » est due lorsque le contrat est sorti par anticipation, alors qu'il n'en avait pas réellement le droit. Si, comme on l'a dit, il n'est pas certain que le juge conduise une interprétation ou, le cas échéant, parvienne à un tel résultat, cela constitue néanmoins un argument supplémentaire à la reconnaissance d'une possibilité de modérer le montant d'une indemnité de sortie. Surtout lorsqu'elle n'a en fait pour fonction que d'indemniser le cocontractant des conséquences directes de la sortie et non pas de remettre – légitimement – en cause les avantages consentis en raison de la durée prévue pour la relation.

665. Enfin, il n'est pas inutile de rappeler qu'une telle possibilité de modération existe pourtant en matière d'honoraires des prestataires de services lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu¹⁴³⁴. Si l'on peut donc, d'un côté, louer le refus de la jurisprudence de consacrer un nouveau cas d'immixtion du juge dans le contrat, on a tout de même du mal à comprendre, de l'autre, l'existence de telles disparités dans le traitement de difficultés pourtant similaires.

666. Au regard de l'ensemble des éléments plaidant en faveur de son admission, nous ne pouvons en conclusion qu'émettre le souhait de voir un pouvoir de révision accordé au juge du contrat en matière d'indemnités de rupture, que cela s'opère par un élargissement de l'application de l'article 1152 du Code civil ou par l'adoption de dispositions légales nouvelles dans le cadre d'une réforme du Code civil. Et pour ce qui est, enfin, de l'opportunité de recevoir comme principe l'obligation pour le sortant d'avoir à indemniser le cocontractant, il nous semble que la liberté contractuelle doit suffire, pour peu qu'elle s'exerce dans les raisonnables limites évoquées.

667. En tout état de cause, si un tel principe devait être légalement posé, il faudra absolument éviter qu'il ne conduise à un contentieux tel que celui lié au prix de cession des parts sociales d'un associé sortant.

¹⁴³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, *Bull. civ.*, I, n° 85 ; *JCP éd. G* 1998, II, 10115, note J. SAINTE-ROSE ; Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1998, *Bull. civ.*, I, n° 168, *Deffrénois* 1998, art. 36860, p. 104, obs. P. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1998, p. 901, obs. J. MESTRE

SECTION 2 Le prix dû au sortant : le prix de la position contractuelle

668. Cette question, comme d'ailleurs l'ensemble des modalités entourant la sortie d'un contractant, n'est pas forcément spécifique à notre sujet, dans la mesure où elle peut concerner toutes sorties et non pas, seulement, celle exercée de manière anticipée en vertu d'une stipulation du contrat. Cependant, afin de présenter une vue d'ensemble du mécanisme de la sortie avant terme, nous ne pouvons faire l'économie d'aborder le sujet du prix que percevra, cette fois, le sortant. D'autant plus qu'il est fréquent que cela fasse l'objet de stipulations contractuelles : cela entre alors volontiers dans le cadre plus général de la prévision d'un droit de sortie, en pratique accompagnée de celle de modalités spécifiques.

669. Deux hypothèses retiendront particulièrement notre attention, en raison, pour l'une d'elles, de son originalité et, pour l'autre, du récent et important contentieux qu'elle génère. Bien que l'intérêt de les étudier diffère, elles permettent toutes les deux d'illustrer une réalité bien souvent ignorée : la position de contractant peut représenter une valeur. Nous traiterons ainsi respectivement du prix à verser par le cessionnaire d'un contrat cédé par le sortant (§1) et de la somme à payer à l'associé, quittant la société, en remboursement de la valeur de ses parts sociales (§2).

§1 Le prix dû par le cessionnaire au contractant cédant sa position

670. Il faut ici imaginer la mise en œuvre d'une sortie un peu particulière : la cession de position contractuelle. Nous savons que ce mode de sortie ne s'inscrit guère dans notre tentative de conceptualisation, car tout se passe essentiellement, du côté du cocontractant du sortant, comme si le contrat n'était pas affecté par la fuite d'un signataire. Le lien contractuel demeure, du fait du remplacement du titulaire de la faculté, et il est ainsi bien difficile d'y voir l'accomplissement d'une condition résolutoire telle que nous l'avons présentée¹⁴³⁵.

671. Pour autant, bien que cette forme d'évasion ne réponde pas à notre vision de la faculté contractuelle de sortie, nous présenterons succinctement la notion (**A.**) afin d'utilement traiter de l'éventuelle obligation pour le cessionnaire d'avoir à payer le cédant pour la substitution opérée (**B.**).

¹⁴³⁵ Cf. *supra*.

A. La cession de position contractuelle¹⁴³⁶

672. La cession de position contractuelle peut être définie¹⁴³⁷ comme l'opération par laquelle une personne – le cédant –, cède l'ensemble de ses droits et obligations issus d'un contrat conclu avec une autre – le cédé – à une tierce personne – le cessionnaire –, en cours d'exécution contractuelle. Il s'agit donc d'un mécanisme à trois personnes dans lequel le premier se substitue le dernier dans sa position contractuelle, et ce en vertu d'une disposition légale ou d'un accord contractuel.

673. En premier lieu, en effet, une telle possibilité peut avoir été prévue par le législateur. En réalité, plusieurs situations doivent être distinguées¹⁴³⁸. La loi peut tout d'abord imposer la cession, « *lorsqu'elle fait du transfert du contrat un mécanisme automatique, accessoire à une modification de la situation de cédant* »¹⁴³⁹. Il en est ainsi, par exemple¹⁴⁴⁰, des contrats en cours déclarés nécessaires au maintien de l'activité d'une entreprise à l'encontre de laquelle une procédure collective est ouverte : l'éventuel repreneur de l'entreprise devra les continuer aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure¹⁴⁴¹ ; à moins, semble-t-il, que les contrats ne soient pas contenus dans l'offre de reprise formulée par ce dernier¹⁴⁴². Le législateur peut ensuite

¹⁴³⁶ V. en général et not. sur le sujet : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie ; E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Bibl. dr. priv. T. 318, LGDJ, 1999, préf. L. Cadet ; J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, V^o Clause de cession de contrat par B. BARTHE, n^o 217 et s., p. 147 et s.

¹⁴³⁷ V. par ex. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n^o 217.

¹⁴³⁸ V. not. M.-L. IZORCHE, *Circulation du contrat*, JurisClasseur Contrats – Distribution, fasc. 102, spé. n^o 49 et s. ; B. FAGES *et al.*, *Lamy droit du contrat, La circulation du lien contractuel*, art. cit., n^o 415-41 et s. Adde, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n^o 220 et s., p. 148.

¹⁴³⁹ M.-L. IZORCHE, *art. cit.*, n^o 62.

¹⁴⁴⁰ On peut également évoquer les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail (anc. art. L. 122-12, alinéa 2 C. trav.) imposant la cession du contrat de travail¹⁴⁴⁰ en cas de « *modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise* ». V. à ce sujet, et parmi d'autres, A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2012, n^o 891 et s., p. 533 et s. ; J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2012, n^o 302 et s., p. 337 et s.

¹⁴⁴¹ Article L. 642-7 du Code de commerce (anc. art. 621-88) (procédure de liquidation), articles L. 631-22 (procédure de redressement) et L. 626-1 (procédure de sauvegarde) du même code.

¹⁴⁴² Des doutes existent en effet sur le maintien du pouvoir du juge d'imposer au repreneur la cession des contrats qui ne seraient pas présents dans son offre de reprise : l'article L. 626-10, alinéa 3, remplaçant l'article L. 621-63 dont il reprend le principe selon lequel « *les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation* », ne réserve plus l'application des dispositions de l'article L. 642-7 ; il a pu ainsi être écrit que « *le tribunal ne peut plus imposer au cessionnaire des contrats qu'il ne s'est pas engagé à reprendre car ce serait augmenter les charges souscrites par le cessionnaire* » (B. THULLIER, *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises, moins de pouvoirs pour le juge*, D. 2006, p. 130). La jurisprudence, statuant sur le fondement des nouveaux textes, semble d'ailleurs en ce sens : v. Cass. com., 15 déc. 2009, *Bull. civ.*, IV, n^o 169 ; D. 2010, p. 11, obs. A. LIENHARD ; *Rev. proc.*

venir « favoriser »¹⁴⁴³ la cession d'un contrat particulier, comme en matière de contrat de bail commercial¹⁴⁴⁴ pour lequel l'article L. 145-16 du Code de commerce prévoit que sont « nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent décret à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise ». En ce cas, les contractants ne sauraient valablement écarter la faculté et devront se contenter de la possibilité d'en aménager, raisonnablement, la mise en œuvre et les effets¹⁴⁴⁵. Enfin, la loi autorise parfois simplement la cession de position contractuelle¹⁴⁴⁶. Il ne s'agit alors guère que d'un rappel de la liberté contractuelle à l'œuvre, celle-là même qui leur permet de supprimer la faculté¹⁴⁴⁷ ou d'en prévoir une pour leur relation si la loi ne leur interdit pas de manière impérative¹⁴⁴⁸.

674. C'est ce qui va nous intéresser en second lieu : la cession peut puiser sa légitimité dans l'accord des parties ; soit, bien entendu, qu'elles en conviennent en cours d'exécution par l'adoption d'un avenant portant l'accord du cédé, soit que ce dernier ait consenti à la faculté dès la formation de la relation par l'insertion d'une clause de cession de position contractuelle. Il faut effectivement rappeler qu'une partie, en l'absence de

coll. 2010, comm. 60, obs. P. ROUSSEL-GALLE et F. PEROCHON ; *RLD aff.* 2010, n° 47, p. 28, note M. FILIOL DE RAIMOND. La Haute juridiction confirme la décision des juges du fond : « *c'est par une exacte interprétation des dispositions combinées des articles L. 626-10, alinéa 3, L. 642-2 II et L. 642-7 du code de commerce [...], que l'arrêt retient que le tribunal ne peut imposer au repreneur la cession d'un des contrats mentionnés par l'article L. 642-7 [...] dont l'exécution aggraverait les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation de son offre qui ne mentionnait pas la reprise de ce contrat* ».

¹⁴⁴³ L'expression est de M.-L. IZORCHE : *Circulation du contrat*, art. cit., n° 55.

¹⁴⁴⁴ V. encore l'article L 211-11 du Code du tourisme, en vertu duquel lequel l'acquéreur d'un voyage ou d'un séjour peut céder son contrat, avant ledit voyage ou séjour, à une personne remplissant toutes les conditions requises pour l'effectuer ; et l'article R. 211-7 du même code de rappeler l'existence de la faculté et de préciser que « *cette cession n'est soumise, en aucun cas, à une autorisation préalable du vendeur* ».

¹⁴⁴⁵ V. J. MESTRE et J.-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, op. cit., n° 222, pp. 148-149 et les références employées.

¹⁴⁴⁶ V. par ex. l'article 1831-3 du Code civil, prévoyant la cession par le maître de l'ouvrage des droits qu'il tient d'un contrat de promotion immobilière, ou encore l'article 19 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 envisageant la cession par l'accédant des droits qu'il tient d'un contrat de location-accession.

¹⁴⁴⁷ V. d'ailleurs l'article 1717 du Code civil disposant que « *Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie. Cette clause est toujours de rigueur* » (nous soulignons).

¹⁴⁴⁸ V. par ex., pour une interdiction impérative, l'article 52 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 prohibant toute cession à titre onéreux des droits conférés par une promesse de vente portant sur un immeuble lorsque cette cession est consentie par un professionnel de l'immobilier.

Pour une « simple » interdiction de principe, laissant la liberté aux parties de convenir d'une cession de position, v. les statuts spéciaux régissant les baux à usage d'habitation : article 78, alinéa 1^{er}, de la loi du 1^{er} septembre 1948 ; article 15, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 juin 1982 ; articles 8, alinéa 1^{er}, des lois du 23 décembre 1986 et du 6 juillet 1989.

prévision légale en ce sens, ne saurait imposer à son partenaire contractuel un changement de contractant : la correcte substitution ne peut se concevoir qu'avec l'accord du cédé¹⁴⁴⁹.

675. Les vertus d'une telle stipulation sont évidentes : elle permet de ne pas avoir à recueillir le consentement de ce dernier au jour de la décision de sortie¹⁴⁵⁰, laquelle forme de sortie « *présente l'avantage, pour le cédé, de ne pas entraîner l'anéantissement du contrat, pour le cédant, de ne pas payer une éventuelle indemnité de sortie et de pouvoir en certains cas monnayer sa position contractuelle auprès du cessionnaire et, pour ce dernier, de bénéficier d'un contrat qu'il convoitait et dont les conditions ont déjà été éprouvées* »¹⁴⁵¹. C'est pourquoi ce type de stipulation est relativement fréquent, en pratique, dans des promesses unilatérales de ventes ou encore dans des contrats de distribution. Dans les premières, elle permet au titulaire de la clause de se substituer un tiers pour la réalisation définitive de la vente : si le premier ne désire plus acheter, il peut ainsi se trouver un remplaçant, qui lèvera l'option à sa place, sans avoir à verser le montant de l'éventuel indemnité d'immobilisation ; la clause de cession est également souvent employée par le bénéficiaire de la promesse pour se substituer une personne morale qu'il aura créée postérieurement à la signature de l'avant-contrat ; on peut, enfin, imaginer que le cédant poursuit l'obtention d'une rémunération en monnayant auprès du cessionnaire sa position lorsqu'il sait le bien objet de la promesse convoité. Quant aux contrats supports de réseau, ceux-ci représentent un bien important¹⁴⁵² pour les entreprises présentes sur un marché de distribution donné : « *le fournisseur, poursuivant l'objectif de stabilité de son réseau, peut ainsi imposer au distributeur désirant se retirer de céder sa position dans le réseau à une tierce personne ; le distributeur peut quant à lui vouloir monnayer sa place dans le réseau auprès d'un cessionnaire désirant l'intégrer* »¹⁴⁵³.

676. Au-delà du principe de la cessibilité, les parties auront à prévoir les modalités de la substitution. En tous les cas, compte tenu de la nature complexe et largement non réglementée du mécanisme, il doit leur être fortement conseillé de préciser certains points : période ou délai pour exercer la cession, personne(s) susceptibles de prendre la

¹⁴⁴⁹ Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 117 ; *D.* 1997, jur. p. 588, note M. BILLIAU et C. JAMIN ; *Defrénois* 1997, p. 977, obs. D. MAZEAUD ; *Contr., conc., consom.* 1997, n° 146, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1997, p. 936, obs. J. Mestre ; *D.* 1998, somm. comm., p. 136, obs. H. Le NABASQUE.

¹⁴⁵⁰ Ce qui peut s'avérer parfois difficile selon le contexte contractuel.

¹⁴⁵¹ J. MESTRE et J.-C. RODA, *op. cit.*, n° 219, p. 148 et les références employées.

¹⁴⁵² V. not. à ce sujet L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, spéc. n° 73 et s., p. 63 et s. ; C. LACHIEZE, *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat*, *D.* 2000, chr., p. 184 et s.

¹⁴⁵³ J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 224, p. 150.

position du contractant initial, nécessité et forme de la notification de la substitution au cédé, participation de celui-ci à l'acte de cession, obligation d'obtenir de ce dernier l'agrément du cessionnaire ou encore prévision d'une faculté de sortie ou un droit de préférence au bénéfice du cédé. Elles pourront également moduler les effets de la cession, c'est-à-dire, essentiellement, déterminer l'étendue de la responsabilité, dans le temps, du cédant envers le cédé et inversement : qui sera tenu du passif contractuel ? Le cédant restera-t-il pour l'avenir garant – ou codébiteur – de l'exécution des obligations par le cessionnaire ? De certaines d'entre elles seulement ? Sera-t-il, à l'inverse, totalement libéré ? Une attention particulière sera encore portée aux contrats accessoires à la relation cédée, principalement ceux garantissant sa bonne exécution : que faire du cautionnement initialement contracté par le cédant ou une garantie réelle qu'il aurait consentie sur l'un de ses biens ? Autant d'aspects¹⁴⁵⁴, donc, qu'il faut impérativement régler *ab initio* par des stipulations insérées au contrat principal et/ou dans les contrats accessoires.

677. Enfin, et c'est ce qui va nous occuper à présent, il peut être prévu au contrat principal, ou dans l'acte conclu au moment de la cession entre le cédant et le cessionnaire, que celle-ci sera payante : le dernier devra alors s'acquitter, auprès du premier¹⁴⁵⁵, d'un prix pour récupérer la position contractuelle convoitée.

B. Le prix dû éventuellement au cédant

678. Comme on l'a dit, rien interdit au cédant de percevoir du cessionnaire un prix pour la substitution¹⁴⁵⁶. C'est alors la valeur de la position contractuelle qui se trouve monnayée et les deux contractants useront de leur liberté contractuelle pour en fixer le montant au moment de la cession. Si, par principe, le cédé est tiers à cette relation, il sera souvent intéressant pour lui de garder un certain contrôle, surtout s'il est question d'un contrat support d'un réseau : un prix prohibitif, par exemple, pourrait mettre en péril la

¹⁴⁵⁴ Sur lesquels v. généralement J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 234 et s., p. 154 et s.

¹⁴⁵⁵ On peut encore envisager, à notre sens, que le cédé perçoive aussi une rémunération du cessionnaire pour l'agrément qu'il aura éventuellement donné à la cession. La limite est alors l'attractivité de la position cédée au regard du coût total de l'opération.

¹⁴⁵⁶ Il se peut toutefois que la clause de substitution contenue dans une promesse de vente, par exemple, prévoie la possibilité de céder le droit d'option exclusivement à titre gratuit. Quelles seront alors les conséquences de la facturation par le cédant au cessionnaire de la substitution ? Il est difficile de répondre à cette question et nous n'avons pu trouver trace d'une réponse dans la jurisprudence ; mais, puisque la cession est intervenue dans des conditions contraires à la clause de substitution, on peut imaginer que le cédé puisse se prévaloir de l'inaopposabilité à son égard de la substitution et ainsi lutter contre la levée de l'option opérée par le cessionnaire. Le cédant engagerait quant à lui probablement sa responsabilité envers le tiers cessionnaire.

stabilité du réseau. La clause de cession intégrée au contrat cédé devra alors prévoir ce point et, plus généralement, une procédure d'agrément.

679. L'existence d'un prix, surtout, emporte une conséquence évidente comme importante : un contrat de vente, opérant transfert d'une position contractuelle, s'établit entre le cédant et le cessionnaire¹⁴⁵⁷. Outre le droit commun des obligations contractuelles¹⁴⁵⁸, c'est alors les règles spécifiques de ce contrat nommé qui devraient trouver à s'appliquer, non sans certaines difficultés étant donné la particularité de l'objet de la vente. À ce titre, en l'absence de jurisprudence, on peut bien imaginer que le cédant doit au cessionnaire une garantie d'éviction¹⁴⁵⁹ ; mais *quid* de la garantie des vices cachés ? S'il reviendra manifestement à la jurisprudence d'en dessiner les contours, d'« *en préciser le sens* »¹⁴⁶⁰, on peut déjà poser certaines questions : que vaut la cession d'un contrat nul ou résilié ? Rien nous semble-t-il, dans la mesure où l'on peut considérer que la chose objet de la vente, la position contractuelle, n'existe en réalité pas ou plus. Qu'en est-il, cette fois, d'un contrat résiliable ou annulable ? L'obligation du cessionnaire de payer le prix fixé trouve bien sa cause dans le transfert d'une position contractuelle existante, bien que fragilisée. La garantie des vices cachés pourrait opportunément trouver à jouer au cas où le cédant ignorait cette tare et où le risque se concrétise. Encore une fois, les incertitudes qui existent autour de cette opération particulière doivent surtout conduire les parties – cédant et cessionnaire – à user de leur liberté contractuelle en prévoyant une indemnisation « *si le contrat cédé est affecté d'un "défaut" caché qui le rendrait "impropre à l'usage auquel on le destine"* »¹⁴⁶¹ ou en excluant, à l'inverse, toute garantie de ce type.

680. D'autres questions ne manqueront pas de se poser, concernant plus directement le prix de la cession. Par exemple, quelle est la nature, au regard de la réglementation fiscale notamment, du prix de la cession du droit d'option consenti dans le cadre d'une promesse de vente portant sur un bien immobilier ? S'il en existe une à l'issue de la cession, doit-on considérer la plus-value réalisée comme une plus-value de

¹⁴⁵⁷ Comp. M.-L. IZORCHE, *Circulation du contrat*, art. cit., n° 138 : « *entre ces deux personnes s'établissent [...] des rapports analogues à ceux qui unissent le vendeur et l'acquéreur d'une chose (si du moins l'opération est à titre onéreux)* ».

¹⁴⁵⁸ V. par ex., pour la sanction d'un dol : Cass. com., 4 mai 1993, *Contr., conc., consom.* 1993, comm. n° 171, obs. L. LEVENEUR ; *JCP éd. E* 1994, I, 310, obs. M.-L. IZORCHE.

¹⁴⁵⁹ V. M.-L. IZORCHE, art. cit., loc. cit.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

nature immobilière, soumise comme telle à un régime fiscal particulier ? Que penser d'une société ayant pour activité de se voir consentir des promesses unilatérales de vente portant sur un bien immobilier avant de céder sa position de bénéficiaire moyennant finances ? Cela ne relève-t-il pas de l'activité de marchand de biens, particulièrement réglementée ? On le voit donc bien, outre les questions fondamentales de son existence propre¹⁴⁶² ou de son autonomie par rapport à la substitution de personne¹⁴⁶³, la cession de contrat ne laisse pas de poser une multitude d'interrogations. Ce qui doit conduire les parties empruntant ce mécanisme *sui generis* à observer la plus grande prudence au moment de l'élaboration du montage contractuel, comme lors de sa mise en œuvre.

681. Mais la prudence, conduisant les parties à anticiper certaines situations, à envisager des risques et les clauses pour les gérer, ne les met pas forcément à l'abri du contentieux en cours d'exécution contractuelle : c'est ce que nous sommes contraints d'observer en abordant le remboursement de la valeur des parts d'un associé sortant.

§2 Le prix dû à l'associé sortant : le remboursement de la valeur de ses parts

682. Comme nous l'avons dit, rien ici, apparemment, de bien spécifique à notre sujet : le remboursement à un associé de la valeur des parts qu'il détenait d'une société dont il sort est une exigence qui ne dépend pas de la nature du mécanisme mis en œuvre. Le paiement devra donc intervenir que l'associé ait décidé lui-même de sortir de la personne morale ou qu'il en ait été exclu, et que le retrait soit opéré en vertu d'une clause statutaire ou extrastatutaire¹⁴⁶⁴, d'une acceptation de la collectivité en cours de vie sociale ou d'une disposition légale.

683. Seulement, une récente évolution de la jurisprudence autour du jeu de l'article 1843-4 du Code civil nous conduit à traiter de cette question¹⁴⁶⁵, tant le contentieux est source d'insécurité juridique, fortement préjudiciable en la matière ; de plus, les

¹⁴⁶² V. essentiellement J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, op. cit., n° 180, p. 221. ; C. JAMIN et M. BILLIAU, *Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé*, D. 1998, chr., p. 145. S'ajoute encore le débat sur la place et de la portée de la volonté du cédé. Pour une présentation, v. B. FAGES *et al.*, *Lamy droit du contrat*, ét. n° 415, spéc. n° 415-31 et s.

¹⁴⁶³ V. surtout E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, passim ; IDEM, *Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne*, D. 1998, chr., p. 356 et s. ; I. NAJJAR, *Clause de substitution et « position contractuelle »*, D. 2000, chr., p. 635 et s.

¹⁴⁶⁴ Cf. *supra*.

¹⁴⁶⁵ V. de manière générale les actes à paraître du Colloque « *L'expertise dans le contrat* » organisé par la Revue des contrat le 7 novembre 2013.

interrogations concernent notamment l'efficacité d'un type de clauses qui participe pleinement au mécanisme de sortie d'un associé : celles fixant par avance la procédure de détermination du prix de la cession. Également dénommées *clauses d'évaluation* ou de *valorisation*, l'efficacité de ces stipulations est franchement remise en cause depuis quelques années. À un point tel qu'une doctrine unanime en vient à espérer de tous ses vœux une modification de la loi. Si elle semble avoir été entendue, puisqu'un projet de réforme a vu le jour¹⁴⁶⁶, un retour sur l'évolution de la jurisprudence est nécessaire, parce qu'aucune modification n'est pour l'instant intervenue et parce qu'il n'est pas certain que la réforme dilue tous les doutes dans lesquels baigne la matière actuellement.

684. Dans ce cadre, afin d'avoir une vue d'ensemble de la sortie de l'associé, nous nous intéresserons à la fonction de la clause d'évaluation (**A.**) avant d'aborder son efficacité (**B.**).

A. La validité de la clause d'évaluation

685. La clause d'évaluation est la stipulation par laquelle les associés s'accordent sur la méthode de détermination de la valeur des parts sociales au moment de leur cession. Comme le mécanisme de sortie de l'associé, la clause peut être prévue par les statuts ou dans un pacte extrastatutaire. D'ailleurs, la seconde sera généralement localisée comme le premier¹⁴⁶⁷. L'intérêt de ce type de clause est encore une fois évident : l'accord qu'elle contient détermine la *valeur vénale* des parts sociales. Plus précisément, la clause fixe la méthode de détermination de cette valeur.

686. Cela permet donc, tout d'abord, de s'écarter de la *valeur nominale* des parts, laquelle n'est qu'établie de manière arithmétique au regard du capital social. Cette valeur ne tient pas compte de l'activité économique de la personne morale. Elle ne fait « que » donner « *la mesure des droits politiques et financiers* » de l'associé¹⁴⁶⁸, alors que lors de la cession des parts, c'est la dimension patrimoniale qui est en cause : c'est la valeur

¹⁴⁶⁶ Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises, *Doc. AN* n° 1341, art. 3, 8° : « [...] *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de : [...] 8° Modifier l'article 1843-4 du Code civil, en ce qui concerne le rôle de l'expert dans la valorisation des droits sociaux [...]* ». V. not. G. NOTTE, *Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises*, *JCP éd. G* 2013, act., n° 655 ; R. MORTIER, *Article 1843-4 du Code civil : réforme en vue !*, *Dr. sociétés* 2013, comm. n° 196.

¹⁴⁶⁷ Si le mécanisme de sortie consiste en la conclusion d'une promesse de cession ou d'achat – ou des deux –, la méthode de valorisation rend le prix déterminable et assure ainsi la validité de la promesse.

¹⁴⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER ET F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24^{ème} éd., 2011, n° 784, p. 421.

vénale de la part sociale qui compte ; c'est-à-dire, lorsque la société n'est pas cotée, le prix qu'est prêt à payer le candidat à l'acquisition. Sa détermination implique l'intervention de données dont le rôle peut varier : valeur des actifs de la société, rendement, perspectives¹⁴⁶⁹ ; étant bien entendu que les droits politiques attachés aux titres cédés auront également leur importance, dans la mesure où, toutes conditions étant égales par ailleurs, la cession sera certainement plus intéressante si elle porte sur un paquet de titres donnant le contrôle de la société ou une minorité de blocage¹⁴⁷⁰.

687. Ensuite, d'un point de vue temporel, la clause cristallise l'accord des parties sur la méthode de détermination *avant* toute cession. Le but est donc d'éviter les difficultés relatives à la fixation du prix des titres *au moment où elle intervient*. Cependant, si la validité de principe de ce type de stipulations ne semble pas être remise en cause, dans la mesure où « *l'évaluation conventionnelle des droits sociaux reste sans conteste le mode normal d'évaluation, c'est-à-dire celui applicable dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement* »¹⁴⁷¹, force est de constater que la jurisprudence actuelle a plutôt tendance à compromettre la poursuite de cet objectif. Ce que nous allons à présent observer.

B. L'efficacité de la clause d'évaluation

688. Parce que les associés ont préalablement donné leur accord à la méthode d'évaluation de leur titre en cas de cession, on pouvait imaginer que, lors de la réalisation effective de l'opération, aucune contestation légitime ne saurait éclore au sujet du prix, pourvu qu'il ait pu être arrêté conformément à ladite méthode bien entendue de toutes les parties¹⁴⁷² ; à tout le moins aucune « *contestation* » au sens apparent de l'article 1843-4 du Code civil disposant que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ». Il était de plus admis que cet article ne pouvait

¹⁴⁶⁹ V. J. MESTRE et D. VELARDOCCIO (dir.), *Lamy Sociétés commerciales*, n° 861 et s.

¹⁴⁷⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER ET F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 784, p. 422.

¹⁴⁷¹ J. MESTRE et D. VELARDOCCIO (dir.), *op. cit.*, n° 848.

¹⁴⁷² Il faut en effet, selon nous, excepter deux hypothèses qui peuvent d'ailleurs se recouper : un prix a été arrêté mais il ne respecte pas, selon une des parties, la méthode d'évaluation prévue, ou alors – car ? – la méthode est en définitive trop complexe pour que les parties l'appliquent elles-mêmes.

trouver à jouer que dans les hypothèses où c'est la loi qui conduisait à l'évincement d'un associé¹⁴⁷³.

689. Mais il n'en est manifestement plus rien, la jurisprudence étant revenue sur des solutions qui paraissaient pourtant établies ; et elle l'a fait de manière, tout à la fois, progressive, ferme mais ambiguë : l'« hégémonie »¹⁴⁷⁴ donnée récemment à cette disposition légale ruine l'efficacité de la clause de valorisation en même temps qu'elle donne un sérieux coup à la sécurité juridique (1.), de telle sorte que cela oblige désormais à tenter d'extraire ce qui est certain de cette pesante ambiance d'incertitude (3.) ; tentative qui implique préalablement que l'on revienne brièvement sur la teneur et l'histoire de l'article 1843-4 du Code civil (2.).

*1. La jurisprudence récente relative à l'article 1843-4 du Code civil*¹⁴⁷⁵

690. Cinq décisions doivent attirer notre attention : celles rendues par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date des 4 décembre 2007 (a.), 5 mai 2009 (b.), 24 novembre 2009 (d.) et 4 décembre 2012 (e), ainsi que celle rendue par la Cour d'appel de Versailles le 10 septembre 2009 (c.).

*a. La décision du 4 décembre 2007*¹⁴⁷⁶

691. Cette décision intervient alors que la pratique s'était développée d'insérer dans les statuts une méthode d'évaluation par laquelle les parties entendaient encadrer la mission de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil dont l'intervention était également mentionnée au pacte¹⁴⁷⁷. Ce tiers était préféré à celui visé par l'article 1592 du Code civil... un « *monstre* »¹⁴⁷⁸ était donc né du mélange opéré entre une procédure d'ordre

¹⁴⁷³ H. LE NABASQUE, *Le champ d'application de l'article 1843-4 du code civil après les arrêts de la Cour de cassation du 4 décembre 2007 et du 5 mai 2009 et de la cour d'appel de Versailles du 10 septembre 2009*, *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 206, p. 1018.

¹⁴⁷⁴ L'expression est de R. MORTIER, note sous CA Paris, 9 déc. 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. n° 93.

¹⁴⁷⁵ V. de manière générale, entre autres et en plus des références qui suivront, B. DONDERO, *Article 1843-4 du Code civil : clarifications suggérées*, in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Litec – Dalloz, 2011, p. 639 ; F.-X. LUCAS, *L'évaluation des parts de l'associé retrayant*, *ibid.*, p. 695.

¹⁴⁷⁶ Cass. com., 4 déc. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 258 ; *D.* 2008, AJ, p. 16, obs. A. LIENHARD ; *ibid.*, chr. C. cass., p. 1231, n° 9, obs. M.-L. BELAVAL, I. ORSINI et R. SALOMON ; *Rev. sociétés* 2008, p. 341, note J. MOURY ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 49, p. 216, note F.-X. LUCAS ; *JCP éd. E* 2008, 1159, note H. HOVASSE ; *Procédures* 2008, comm. n° 115, obs. H. CROZE ; *Dr. et patr.* 2008, n° 171, p. 102, obs. D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 23, note R. MORTIER ; *RJDA* 2008, n° 421, p. 407.

¹⁴⁷⁷ V. sur ce point, en dernier lieu J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, V° Clause de prix à dire d'expert par J. GASBAOUI, n° 1496 et s., p. 849 et s., spéc. n° 1505, p. 853.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

public et l'intervention d'un évaluateur dont la force et les limites de l'expertise résident dans l'accord des parties à la vente.

692. En cette affaire, les statuts d'une société prévoyaient le rachat forcé des parts de l'associé ne remplissant plus les conditions nécessaires pour la conservation de son statut, à savoir, essentiellement, être salarié de ladite société. Le pacte social prévoyait une méthode pour la détermination de la valeur de cession, mais faisait également mention, il est vrai, de l'intervention d'un expert. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel saisie du litige, initié par un associé licencié et mécontent de la valeur proposée par la société, fit prévaloir l'accord initial des parties et rejeta donc la demande tendant à l'inopposabilité de la clause d'évaluation et à l'intervention d'un tiers évaluateur. Une secousse intervint alors, premier tremblement qui sera suivi de plusieurs répliques. La Cour de cassation censura les juges du fond dans une décision de principe rendue au visa de l'article 1843-4 : « *Attendu que pour rejeter la demande de M. Y... [...] l'arrêt retient que dès lors que M. Y... est exclu en application des dispositions statutaires et que les statuts comportent une clause d'évaluation des droits sociaux, ces règles statutaires l'emportent sur l'article 1843-4 du code civil ; attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

693. Nous ne pouvons retranscrire ici les différentes interprétations qu'a suscitées la décision, renvoyant pour cela le lecteur aux très nombreux commentaires de la doctrine et de la pratique¹⁴⁷⁹ ; nous nous contenterons, au regard de notre sujet, de retenir les points suivants : même si, en l'espèce, il était fait mention du recours à un expert évaluateur dans les statuts, la Cour de cassation ne s'y réfère point¹⁴⁸⁰ lorsqu'elle vient dire, en définitive, qu'il peut y avoir une contestation au sens de l'article 1843-4 lors de l'exclusion d'un associé opérée en vertu d'une stipulation statutaire, alors même qu'une clause d'évaluation est prévue dans le pacte social.

¹⁴⁷⁹ V. not. les références précitées sous l'arrêt.

¹⁴⁸⁰ En ce sens, v. H. LE NABASQUE, comm. précité sous not. CA Versailles, 10 sept. 2009.

*b. La décision du 5 mai 2009*¹⁴⁸¹

694. En l'espèce, plusieurs associés ont été exclus d'une société en vertu d'une stipulation du pacte social. Un contentieux naît alors à propos de la valeur des parts cédées de force et le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, désigne un expert sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil devant « *procéder en toute liberté* » et « *écarter l'application de la méthode de calcul prévue par les statuts* ». La cour d'appel infirma sur ce point l'ordonnance en décidant que les statuts doivent guider l'expert dans sa mission ; autrement dit, selon la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸², il convient de donner effet à l'accord des parties, c'est à dire à la clause d'évaluation prévues aux statuts.

695. Un pourvoi fut formé à l'encontre de cette décision, au moment précisément où la Cour de cassation rendait sa décision du 4 décembre 2007, faisant valoir que les dispositions de l'article 1843 du Code civil ont pour but de protéger le cédant et sont d'ordre public ; par suite, l'expert désigné a toute latitude pour fixer cette valeur selon les critères qu'il juge opportuns. Cette argumentation fut suivie par la Chambre commerciale qui précisa, dans un attendu de principe au visa dudit article, que « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts* » ; en conséquence, en statuant comme elle l'a fait, « *la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Par cette décision, l'application de l'article à des hypothèses d'exclusion qui ne sont pas prévues ou autorisées par la loi semble bien entérinée, de même que la liberté totale de l'expert, pouvant écarter toute prévision des parties sur la méthode d'évaluation des parts sociales, paraît consacrée.

*c. La décision de la Cour d'appel de Versailles du 10 septembre 2009*¹⁴⁸³

696. Il était cette fois question d'une forme d'exclusion prévue en dehors des statuts : des promesses de cession et d'achat croisées de parts sociales avaient été conclues entre associés, l'option pouvant être levée par chacun au cas où l'un d'eux

¹⁴⁸¹ Cass. com. 5 mai 2009, *Bull. civ.*, IV, n° 61 ; *D.* 2009, p. 1349, obs. A. LIENHARD ; *JCP éd. E* 2009, n° 1632, note R. MORTIER ; *JCP éd. G* 2009, n° 1966 ; *D.* 2009, p. 2195, note B. DONDERO ; *RTD com.* 2009, p. 581, obs. M.-H. MONSERIE-BON et L. GROSCLAUDE ; *Rev. sociétés* 2009, p. 503, note J. MOURY ; *Bull Joly Sociétés*, 2009, p. 729, § 147, note A. COURET ; *Dr. sociétés*, 2009, comm. n° 114, obs. R. MORTIER ; *RLD aff.*, 2009/40, p. 10 et s., note D. GIBIRILA.

¹⁴⁸² CA Paris, 14 nov. 2007, *JurisData* n° 2007-350600 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 47, note R. MORTIER.

¹⁴⁸³ CA Versailles, 10 sept. 2009, *JurisData* n° 2009-012284 ; *D.* 2009, p. 2220, obs. A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2010, comm. n° 21, note M.-L. COQUELET ; *RJDA* 2010, n° 153, p. 152 ; *RLD civ.* 2009, n° 66, p. 7, note B. CAVALIE.

venait à perdre son mandat social au sein du groupe, pour une valeur déterminée par une stipulation de la convention. L'événement échu, l'associé promettant démissionnant de ses fonctions, un contentieux s'éleva, encore une fois, autour de la valeur des parts, et ce en présence d'une clause fixant la méthode de détermination. C'est qu'en effet, ladite méthode conduisit l'autre associé à proposer un rachat à une valeur négative... L'associé s'opposa, dans ces conditions, au transfert des parts et fut alors assigné en exécution forcée ; demande qui fut reçue par le tribunal de grande instance.

697. Dans ses écritures d'appel, l'associé en passe de sortir rappela que, par application de l'article 1843-4 du Code civil, tout associé contraint de céder ses droits sociaux doit bénéficier d'une évaluation à dire d'expert. Mais cette argumentation ne fut pas retenue, la Cour « *considérant que l'article 1843-4 n'est applicable que lorsque la cession des parts sociales n'est pas spontanément voulue par les parties, mais se trouve imposée par des règles législatives, statutaires ou extrastatutaires ; qu'il n'est pas applicable en cas de promesse de vente librement consentie selon un prix déterminable sur des éléments objectifs* ».

698. Nous avouons alors n'avoir trouver dans cette décision guère qu'un seul élément qui apporte une réponse claire à l'un quelconque des questionnements suscités par l'évolution jurisprudentielle : les magistrats ne se « désintéressent » pas des procédés extrastatutaires de cession forcée et d'évaluation lorsque la question de l'application de l'article 1843-4 leur est posée.

*d. La décision du 24 novembre 2009*¹⁴⁸⁴

699. Comme celle ayant donné lieu à la décision précédente, cette affaire concernait une « cession forcée » opérée en vertu de dispositions extrastatutaires. Plus précisément, lors de la constitution d'une société entre trois personnes, deux des associés ont consenti, chacun au profit du troisième, une promesse de cession. L'option pouvait être levée par ce dernier au cas où les deux premiers venaient à cesser d'exercer toutes fonctions au sein de la société et les conventions prévoyaient une méthode de détermination de la valeur des parts sociales cédées. Par la suite, les associés quittèrent leurs fonctions et l'option fut levée par le bénéficiaire à un prix arrêté en application de la

¹⁴⁸⁴ Cass. com., 24 nov. 2009, *Bull. civ.*, IV, n° 151 ; *Rev. sociétés* 2010, p. 21, note J. MOURY ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 318, n° 67, note P. Le CANNU et H. MATHEZ ; *RJDA* 2010, n° 374 et n° 375, p. 367 ; *ibid.*, p. 319, doct. B. PETIT.

clause de détermination. En raison de ce prix, les cédants contestèrent leur engagement et sollicitèrent la nomination d'un expert en arguant notamment – et « classiquement » – que les dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 du Code civil étaient applicables « *non seulement en cas de cession ou de rachat prévu par la loi ou par les statuts mais également en cas de cession ou de rachat prévu par actes extrastatutaires, et ce quand bien même les parties auraient déterminé à l'avance les modalités de calcul du prix de la cession* ».

700. Mais la Cour de cassation confirma la position des juges du fond ayant refusé la nomination de l'expert : « *mais attendu qu'ayant relevé, par référence aux stipulations précisant les modalités de calcul du prix de cession, que celui ci était déterminable et que la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que le prix n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession, en a exactement déduit que la demande de fixation du prix à dire d'expert devait être rejetée ; que le moyen n'est pas fondé* ». La Cour régulatrice affirme donc, car elle ne refuse manifestement pas de vérifier si les conditions d'application de l'article 1843-4 du Code civil sont remplies, que les engagements extrastatutaires ne sont pas forcément à l'abri d'une immixtion du juge, puis de l'expert dans son sillage. Ce qui sera confirmé trois ans plus tard.

*e. La décision du 4 décembre 2012*¹⁴⁸⁵

701. Cinq années précisément après la première secousse, intervient une nouvelle réplique. Dans un contentieux semblable à celui ayant donné lieu à la décision précitée de la Cour d'appel de Versailles, la chambre commerciale est venue censurer les juges du fond, pour violation par refus d'application de l'article 1843-4, car ils avaient repoussé la demande de l'associé mécontent du prix proposé au motif que les parties n'avaient aucunement envisagé le recours à l'expertise.

702. Il doit alors être admis, comme certains le craignaient d'ailleurs, que l'hégémonie de l'article 1843-4 du Code civil ne s'arrête pas au pacte social : il trouve à jouer, peu importe que la cession intervienne au titre d'un mécanisme extrastatutaire qui

¹⁴⁸⁵ Cass. com., 4 déc. 2012, *Bull. civ.*, IV, n° 223 ; *D.* 2013, p. 147, obs. A. LIENHARD ; *JCP éd. E* 2013, 1000, note B. DONDERO. ; *Rev. sociétés* 2013, p. 330, note J. MOURY ; *Bull. Joly Sociétés* 2013, § 98, p. 230, note F.-X. LUCAS ; *ibid.*, § 110, p. 521, comm. A. GAUDEMET ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 41, note R. MORTIER.

ne prévoirait pas le recours à l'expertise en cas de contestation sur le prix. La comparaison des trois dernières solutions permet donc de le comprendre : le pacte extrastatutaire encourt l'expertise ! Mais dans quelle mesure exactement ? Tenter de répondre à cette question impose un bref retour historique sur la disposition légale au cœur du séisme.

2. L'évaluation prévue par l'article 1843-4 du Code civil

703. Cet article dispose que, « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ». Cette version du principe a été introduite dans le Code civil par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978¹⁴⁸⁶, afin d'éviter une situation de blocage. Plus précisément, il permet l'intervention d'un tiers évaluateur au cas où un associé de mauvaise foi entendrait lutter contre le principe même de la cession : « le législateur a voulu que la personne sur laquelle pèse la charge d'un rachat ou d'une cession forcés ne puisse pas s'y dérober en rendant impossible la détermination du prix »¹⁴⁸⁷. Si cette fonction objective nous semble aujourd'hui indéniable, il a toutefois été relevé, à juste titre, que la raison d'être de cette disposition légale peut encore être recherchée dans des considérations antérieures et plus précises¹⁴⁸⁸.

704. À l'origine, l'article 1868 du code civil disposait que lorsqu'il « a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies : au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède » ; et la pratique s'était développée, afin d'éviter ledit partage, d'insérer – en plus donc de la prévision de la continuation de la société sans l'héritier –, une stipulation permettant l'évaluation des titres de l'héritier que l'on ne veut pas voir intégrer la société. Lequel mode de liquidation pouvait « revêtir quatre formes différentes : évaluation forfaitaire, évaluation annuelle

¹⁴⁸⁶ Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, *JO* 5 janv. 1978, p. 179.

¹⁴⁸⁷ R. MORTIER, comm. précité.

¹⁴⁸⁸ V. surtout J. MOURY, note sous Cass. com. 5 mai 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 503.

résultant d'une délibération des associés, évaluation en fonction des données du dernier inventaire, évaluation à dire d'expert »¹⁴⁸⁹.

705. Parce que, semble-t-il, cette dernière méthode était perçue comme la plus respectueuse des intérêts des parties¹⁴⁹⁰, le législateur a choisi d'en faire le mode légal de détermination lorsqu'il a adopté la loi n° 66-538 du 24 juillet 1966 venant modifier l'article 1868. Dans sa nouvelle version, cet article venait préciser que la valeur des titres devait être « *déterminée au jour du décès par un expert désigné [...] soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* », étant précisé que « *toute clause contraire est inopposable aux créanciers* ». De plus, le champ d'application de ce texte ne fut plus cantonné à l'hypothèse initiale du décès d'un associé, puisque plusieurs dispositions de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966¹⁴⁹¹ sur les sociétés commerciales y renvoient dans d'autres hypothèses : en cas de refus d'agrément d'un candidat à l'acquisition de parts ou d'exclusion de l'associé parce qu'il se retrouve, en cours de vie sociale, en faillite, interdit d'exercer une profession commerciale ou encore dans un état d'incapacité¹⁴⁹².

706. Il est alors important, pour l'appréciation des évolutions récentes, de ne pas perdre de vue la finalité que semblait poursuivre le législateur en 1966 : il s'agissait « *de protéger le « créancier » de la valeur des droits sociaux de l'associé d'une société de personnes décédé et plus largement, avec l'extension simultanée du champ d'application de ce texte à diverses situations autres que celles résultant d'un tel événement, le cédant contre une clause statutaire fixant une valeur de rachat inférieure à la valeur réelle de leurs droits* »¹⁴⁹³. L'objectif d'évitement d'une impasse existait donc bel et bien, mais *de facto* en quelque sorte, c'est-à-dire à travers le but – directement visé – de ne pas voir l'associé démuné d'une partie de la valeur réelle des titres qu'il se trouve contraint de céder.

707. Par la suite, la loi précitée du 4 janvier 1978 a repris ce processus d'évaluation, qui est désormais intégré à l'article 1843-4 précité du Code. Mais la mention de l'inopposabilité d'une clause contraire a disparu et la condition de l'existence

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ *Ibid.* et les références employées.

¹⁴⁹¹ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, *JO* 26 juill. 1966, p. 6402.

¹⁴⁹² V. les articles 21, 22, 33, 44 et 45 de ladite loi.

¹⁴⁹³ J. MOURY, note précitée, n° 5.

d'une « contestation » est formellement apparue. À lire les travaux préparatoires, il semble que ces termes, qui n'étaient pas dans le projet initial, aient été intégrés afin d'explicitier cette évidence selon laquelle le recours à l'intervention de l'expert ne se conçoit que si les parties ne sont pas d'accord sur le prix à verser. Mais, à rappeler une évidence, on introduit parfois des doutes : quand y a-t-il « contestation » au sens de cet article ? De même, la formule « *Dans tous les cas où la loi impose* » est remplacée par les termes « *Dans tous les cas où sont prévus* » la cession ou le rachat. Et cette suppression de la référence à la loi a peut être également participé à créer l'ambiance d'incertitude. Ambiance dont nous allons tenter d'extraire, tout de même, quelques certitudes.

3. *État actuel de la matière*

708. Nous organiserons notre réflexion, tendant à démêler ce qui est certain de ce qui ne l'est pas, autour de trois questions qu'il est aisé de qualifier d'essentielles : celle des pouvoirs de l'expert visé par l'article 1843-4 du Code civil (*a.*), celle de la notion de « contestation » contenue dans cet article (*b.*) et, enfin, celle de son champ d'application (*c.*).

a. Les pouvoirs de l'expert ou la totale liberté du tiers évaluateur

709. Une fois l'expert nommé sur le fondement qui nous occupe, c'est-à-dire en laissant de côté toutes considérations intervenant en amont, peut-il se voir imposer une méthode ou, à tout le moins, un cadre pour sa mission ? Inutile sur ce point de présenter de longs développements : le tiers évaluateur de l'article 1843-4 du Code civil, contrairement à celui de l'article 1592, ne saurait être lié par les stipulations des parties sur la méthode d'évaluation. L'arrêt précité du 5 mai 2009¹⁴⁹⁴ ne laisse planer aucun doute à ce propos : « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits* ». Doit-on s'offusquer d'une telle position ? Nous ne le pensons pas, pour une raison que la doctrine a d'ailleurs déjà relevée et que nous nous contenterons donc de rappeler.

710. S'appuyant sur la jurisprudence relative à la soumission volontaire aux statuts des baux commerciaux d'un bail qui par principe n'en relève pas¹⁴⁹⁵, plusieurs auteurs ont

¹⁴⁹⁴ Cass. com., 5 mai 2009, précité.

¹⁴⁹⁵ V. surtout Cass. ass. plén., 17 mai 2002, *Bull. ass. plén.*, n° 1 ; *D.* 2002, p. 2053, obs. Y. ROUQUET ; *D.* 2003, p. 333, note S. BECQUE-ICKOWICZ ; *Loyers et copr.* 2002, comm. 174, obs. P.-H. BRAULT et P. PEREIRA-OSOUF ; *AJDI* 2002, p. 525, obs. J.-P. BLATTER ; *Gaz. Pal.* 2002, 2, p. 975, note J.-D. BARBIER ;

en effet avancé, à raison selon nous, que le dépeçage ne doit pas être permis¹⁴⁹⁶. Une fois le statut adopté, celui-ci doit, en raison de son caractère d'ordre public, être appliqué dans toutes ses dispositions : *« il est toutefois assez peu contestable qu'à partir du moment où l'on emprunte contractuellement à un mécanisme d'ordre public, né de la volonté du législateur de faire en sorte que l'associé exclu ou retrayant ait droit à la juste valeur de ses parts ou actions (ce nonobstant toute clause contraire), il devient difficile d'admettre que l'on pourrait emprunter uniquement au « mécanisme » de cette expertise, mais pas à son régime »*¹⁴⁹⁷. C'est donc le « monstre », précédemment évoqué et progressivement créé par la pratique, que la jurisprudence condamne ici. Les parties ne peuvent plus, efficacement, prévoir le recours à l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil et encadrer la mission du tiers ainsi nommé par la stipulation d'une clause d'évaluation. Clairement, il pourra l'appliquer, s'en inspirer ou l'ignorer parfaitement.

711. Un auteur avance l'idée d'une requalification lorsque la procédure est prévue au titre d'un acte extrastatutaire¹⁴⁹⁸. Il conviendrait que, lorsque les parties ont tout à la fois fait référence à l'article 1843-4 et prévu une méthode d'évaluation pour encadrer la mission du tiers évaluateur, le juge procède à une requalification plus respectueuse de la nature purement conventionnelle du procédé. La solution consisterait à *« se refuser à transposer un mécanisme, et surtout le régime qui l'accompagne par la vertu du caractère d'ordre public du texte qui l'instaure, à une situation qui est hors du domaine d'application de ce texte. La volonté des parties n'en devant pas moins être prise en compte, il devrait alors, après requalification, être fait application de l'article 1592*

JCP éd. E 2002, 1080, note J. MONEGER ; *Defrénois* 2002, p. 1234, obs. R. LIBCHABER ; *RLD aff.* 2002, n° 53, n° 3374, obs. J. VASA.

¹⁴⁹⁶ V. par ex. J. MOURY, note précitée sous Cass. com., 5 mai 2009 : *« il serait paradoxal que le renvoi n'emporte pas une mise en œuvre de ce mécanisme dans son entier, autrement dit que d'un côté il assure aux signataires du pacte de parvenir à une détermination de la valeur des parts, mais de l'autre il puisse opérer en évacuant partie du dispositif que l'article 1843-4 met en place - et l'on songe bien entendu à la liberté du tiers estimateur en présence de la clause de détermination du prix que, indépendamment de la référence à ce texte, peut renfermer le pacte »*. De plus, il ne faut pas oublier que le législateur a eu pour objectif de s'assurer, par la nomination d'un tiers évaluateur indépendant, que l'associé exclu ne serait pas lésé sur la valeur de ses parts en raison de l'application d'une clause tendant volontairement à une sous-évaluation. Il n'est alors pas surprenant que l'on donne les pleins pouvoirs au tiers en lui permettant, notamment, de ne pas suivre une stipulation qui lui semblerait conduire à une sous-évaluation. La remarque vaut également en ce qui concerne l'exigence d'une contestation : cf. *infra*.

¹⁴⁹⁷ H. Le NABASQUE, *Le champ d'application de l'article 1843-4 du code civil après les arrêts de la Cour de cassation du 4 décembre 2007 et du 5 mai 2009 et de la cour d'appel de Versailles du 10 septembre 2009*, *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 206, p. 1018. V. ég. en ce sens B. FAGES, *La détermination du prix dans les cessions de titres sociaux. Exposé des règles générales sur fond de jurisprudence récente*, *RLD aff.* 2006/1, n° 44, p. 62 et s., spéc. p. 65.

¹⁴⁹⁸ J. MOURY, note précitée.

[...] »¹⁴⁹⁹. Pour l'instant, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée en ce sens, comme en attestent au demeurant les décisions précitées des 10 septembre¹⁵⁰⁰ et 24 novembre 2009¹⁵⁰¹. Si à ces deux occasions l'« hégémonie » de l'article 1843-4 n'a pas été étendue aux actes extrastatutaires, aucune requalification n'a eu lieu et les juges ont bien raisonné au regard de l'article 1843-4 du Code civil sans prendre en considération l'expertise conventionnelle de l'article 1592 du même Code.

*b. L'existence d'une « contestation » au sens de l'article 1843-4 du Code civil*¹⁵⁰²

712. Suivant la lettre du texte, l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil intervient « *en cas de contestation* » sur la valeur des parts de l'associé sortant¹⁵⁰³. Plusieurs auteurs l'ont alors relevé et il s'agit là du point de clivage doctrinal le plus important : comment peut-il y avoir une « *contestation* » sur la valeur des parts, au moment de la sortie, alors qu'il existe par ailleurs une clause d'évaluation censée cristalliser, justement, un accord sur la méthode de détermination de cette valeur ? Certains auteurs¹⁵⁰⁴ s'élèvent alors fermement contre la solution conduisant à faire fi de l'accord en permettant à l'une des parties de venir efficacement contester, lors de sa sortie, la valeur déterminée en application d'une méthode à laquelle il a pourtant souscrit – que se soit en adhérant au pacte social *lato sensu* ou en concluant un acte extrastatutaire. Il est en effet bien déroutant de déclarer sans effet une clause qui renferme un accord en nommant un tiers évaluateur puis, de plus, en dispensant ce dernier de s'en inspirer. Et c'est bien à cela que conduit la jurisprudence actuelle : il est certain que l'existence d'une clause d'évaluation des parts sociales n'est pas de nature à empêcher la naissance d'une « *contestation* » au sens de l'article 1843-4 du Code civil, lequel mot doit donc être pris dans son sens courant de désaccord¹⁵⁰⁵

713. Pour autant, il convient peut-être de ne pas perdre de vue que l'objectif du législateur a été, au moins un temps et en partie, de protéger l'associé contraint de céder

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰⁰ CA Versailles, 10 sept. 2009, précité.

¹⁵⁰¹ Cass. com., 24 nov. 2009, précité.

¹⁵⁰² V. à ce sujet et en dernier lieu B. DONDERO, *Article 1843-4 du Code civil : clarifications suggérées*, *art. cit.*, n° 26 et s., pp. 650 et s.

¹⁵⁰³ Certains articles précisent encore que l'expertise doit jouer « *à défaut d'accord* » : v. par ex. l'article L. 214-65 du Code monétaire et financier.

¹⁵⁰⁴ V. surtout R. MORTIER, notes précitées sous Cass. com., 4 déc. 2007 et sous Cass. com., 5 mai 2009 ; M. MEKKI, *Les clauses relatives au prix dans les cessions de droits sociaux*, *RLD civ.* 2008, n° 53, p. 64 et s ; B. DONDERO, *art. cit.*, n° 30, p. 652.

¹⁵⁰⁵ En ce sens, v. L. CADIET, *Arbiter arbitrator, gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil*, *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 155 et s.

ses parts contre une sous-évaluation issue de la mise en œuvre d'une méthode statutaire¹⁵⁰⁶. Il peut alors paraître excessif de critiquer l'application des dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 du Code civil – lorsque les parties n'ont pas elles-mêmes envisagé le recours au tiers évaluateur de cet article – aux hypothèses qui ont justement conduit à leur adoption.

714. Mais la pratique sociétaire a tout de même évolué et, partant, les hypothèses nécessitant une intervention aussi. D'ailleurs, dans les affaires ayant conduit aux principales décisions précitées, aucune ne concernait le remboursement aux héritiers d'un associé décédé ; et certaines avaient trait à une sortie opérée en vertu d'un mécanisme extrastatutaire. On s'est donc bien éloigné des hypothèses de départ. De telle sorte que l'on peut – doit – légitimement se demander si la protection instituée, toujours louable dans son principe, demeure bien adaptée en pratique ; ce alors même, il n'est pas inutile de le rappeler, que nous sommes dans le domaine des affaires, là où les « *réflexes consuméristes* » ne sont pas censés avoir leur place¹⁵⁰⁷. L'existence d'un contentieux fourni, mais surtout retentissant, nous fait pencher vers la négative. Et s'il reste, tout de même, que certaines clauses d'évaluation « *n'emportent pas toujours la conviction lorsqu'elles donnent la part trop belle aux associés majoritaires* »¹⁵⁰⁸, force est de constater qu'aucun équilibre satisfaisant ne semble ressortir de la jurisprudence actuelle.

715. On peut encore aller plus loin : alors que la disposition légale est destinée à éviter que ne survienne une situation de blocage du fait d'une contestation sur le prix paralysant la cession ou le rachat forcés des titres, voici qu'un associé peut tout de même venir lutter contre l'opération en « retirant » son accord sur la méthode de détermination de la valeur au moment de la sortie. Il n'y aura certes aucun blocage possible – l'expert nommé doit, sauf cas de force majeure, parvenir à une évaluation, laquelle s'imposera ensuite aux parties –, mais il y aura nécessairement un fort ralentissement... Inutile de s'y attarder : ceci n'est pas vraiment propice aux affaires ! C'est pourquoi, en vue d'assurer la protection de ces associés qui se verraient imposer en cours de vie sociale l'insertion d'une clause d'évaluation défavorable¹⁵⁰⁹, certains auteurs opinent en faveur du contrôle

¹⁵⁰⁶ Cf. *supra*.

¹⁵⁰⁷ A. COURET, note précitée sous Cass. com., 5 mai 2009. L'auteur écrit toutefois cela lorsqu'il traite de l'application de l'article 1843-4 du Code civil lorsque la sortie est imposée par un acte extrastatutaire.

¹⁵⁰⁸ F.-X. LUCAS, *L'évaluation des parts de l'associé retrayant*, art. cit., n° 25, p. 709.

¹⁵⁰⁹ Ceux-là seuls méritent une protection particulière, dans la mesure où lors de leur entrée dans la société la stipulation n'existait point et n'était donc pas incluse dans leur acceptation du pacte social, à

de l'abus de majorité¹⁵¹⁰ ou de la nécessité d'une unanimité pour l'adoption de la stipulation¹⁵¹¹, plutôt que de l'immixtion d'un tiers dans le contrat au moment de la réalisation de l'opération.

716. On a pu, pendant un temps, croire que la jurisprudence n'était pas totalement déconnectée de cette réalité et prenait en compte, même maladroitement, l'évolution de la pratique lorsqu'il lui est demandé d'appliquer les dispositions impératives protectrices des intérêts de l'exclu. On pouvait en effet remarquer, dans les deux premières affaires ayant conduit à la nomination de l'expert de l'article 1843-4¹⁵¹² et à la reconnaissance de ses pleins pouvoirs¹⁵¹³, que les associés « contestataires » avaient été exclus en raison de la survenance d'événements qu'ils n'ont pas directement provoqués ; ils ont « pleinement subi » l'exclusion. À l'inverse, dans les décisions des 10 septembre¹⁵¹⁴ et 24 novembre 2009¹⁵¹⁵ ayant refusé l'application de l'article 1843-4, ce sont les associés « contestataires » qui avaient volontairement provoqué la situation permettant l'application du mécanisme conditionnel de sortie – pleinement accepté au titre d'un acte extrastatutaire – : en démissionnant de leurs fonctions, ils ont provoqué l'événement conditionnant la faculté pour le bénéficiaire de lever l'option. Si, dans ces décisions, la motivation des juges demeurait discutable, le résultat nous semblait satisfaisant au regard de l'objectif de protection de l'associé sortant : une distinction était en fait opérée, même si cela ne semblait pas fonder les décisions, entre l'associé ayant directement provoqué son exclusion et celui qui ne désirait pas que l'événement conditionnant la sortie forcée se réalise.

717. Cela pouvait alors être rapproché des propositions de distinction, pour l'application de l'article 1843-4, suivant que la sortie est *prévue* ou *voulue*, *choisie* ou *subie*¹⁵¹⁶. Mais la décision du 4 décembre 2012¹⁵¹⁷ est clairement venue contredire cette opinion.

l'image de l'héritier de l'associé décédé qui n'a jamais accepté la méthode d'évaluation des titres qu'il se trouve contraint de céder en vertu des statuts.

¹⁵¹⁰ V. par ex. en ce sens R. MORTIER, note précitée sous Cass. com. 5 mai 2009.

¹⁵¹¹ Par ex. B. DONDERO, *art. cit.*, spéc. n° 24, p. 650.

¹⁵¹² Cass. com., 4 déc. 2007, précité.

¹⁵¹³ Cass. com., 5 mai 2009, précité.

¹⁵¹⁴ CA Versailles, 10 sept. 2009, précité.

¹⁵¹⁵ Cass. com., 24 nov. 2009, précité.

¹⁵¹⁶ V. pour un rappel de ces distinctions, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, n° 1507 et 1508 ainsi que les références qui y sont employées.

¹⁵¹⁷ Cass. com., 4 déc. 2012, précité.

718. Dans l'attente de constater le résultat de la modification par ordonnance de l'article 1843-4 du Code civil, le « salut », à tout le moins une diminution de l'insécurité juridique régnante, pourrait venir d'une délimitation plus nette du champ d'application de l'article.

*c. Le champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil*¹⁵¹⁸

719. Puisque l'absence de contestation ne semble pas constituer une véritable limite – car il suffit à l'une des parties de n'être plus d'accord avec la méthode de détermination de la valeur des parts pour que cette condition de l'article 1843-4 soit accomplie –, il ne reste guère que la considération de la nature de la sortie ayant conduit à la nécessité de déterminer la valeur des parts pour tenter d'extraire des éléments permettant la délimitation du champ d'application des dispositions impératives. Car, à ce propos, la jurisprudence n'apporte que peu d'assurance : s'il est certain que l'article 1843-4 est applicable lorsque la cession forcée et la clause d'évaluation sont prévus aux statuts, la question reste ouverte concernant certains mécanismes extrastatutaires ; et ce du fait de la motivation des juges dans la décision du 24 novembre 2009.

720. Dans cette espèce, qui posaient en définitive la question de l'efficacité d'une clause d'évaluation contenue dans un acte extrastatutaire – promesse de vente –, les juges ne sont pas allés contre la volonté des parties, en ce sens qu'ils ont refusé la nomination de l'expert demandée et donné plein effet à la méthode d'évaluation ; mais ils l'ont fait parce que « *le prix n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession [et que donc] la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option* »¹⁵¹⁹. Nulle trace d'un rejet de la prétention de l'associé contestataire en raison, directement, de la localisation de la clause d'évaluation et du procédé de cession forcée. Ce que confirme clairement la décision du 4 décembre 2012 : la chambre commerciale décide de la nomination de l'expert pour évaluer, malgré l'existence d'une clause de valorisation, le prix d'une cession prévue en dehors des statuts. Que reste-il alors de la liberté contractuelle ? Des suppositions que nous devons formuler.

721. Il est tout d'abord permis de penser, à la lecture croisée des arrêts du 24 novembre 2009 et du 4 décembre 2012, que doivent échapper à l'hégémonie redoutée les cessions devenues *parfaites* avant toute contestation. Et c'est heureux pour le droit des

¹⁵¹⁸ V. à ce sujet, en dernier lieu, R. MORTIER, note précitée sous Cass. com., 4 déc. 2012.

¹⁵¹⁹ Cass. com., 24 nov. 2009, précité.

contrats français¹⁵²⁰. Il peut alors s'agir d'une vente « sèche »¹⁵²¹, éventuellement conclue à terme, ou de la conclusion d'une promesse synallagmatique ; mais il peut encore s'agir de la cession réalisée au titre d'une promesse unilatérale, pourvu que l'option ait été levée par le bénéficiaire avant la remise en cause du prix. Tout simplement, un accord définitif sur la chose et sur le prix, au moins déterminable, doit être intervenu avant la contestation. Cela ne relève pas, au demeurant, du cas d'école : la contestation naît souvent du résultat de l'évaluation, concomitante ou postérieure à la levée de l'option¹⁵²². Il reste toutefois théoriquement possible pour l'associé – qui réussirait au préalable à appliquer la méthode – de faire immédiatement connaître son désaccord sur le prix déterminé, en même temps qu'il provoque l'événement conditionnant la naissance du droit d'option – en démissionnant de ses fonctions par exemple.

722. Peut-on, ensuite, aller plus en avant dans la détermination du domaine « certain » d'application de cet article ? Rien n'est moins sûr. Un auteur, s'appuyant notamment sur le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2009¹⁵²³, estime pourtant que seules entreraient dans le champ de l'article 1843-4 les cessions imposées par la loi et celles correspondant à un mécanisme d'exclusion : « *l'article 1843-4 du Code civil n'aurait ainsi pas vocation à remettre en cause la force obligatoire du contrat dans des pactes dont l'objet ne serait pas d'organiser une cession « sèche » d'un associé* »¹⁵²⁴. Promesses unilatérales de vente et procédés extrastatutaires de contrôle des relations entre associés, tels les mécanismes de *drag along* ou *tag along*¹⁵²⁵, échapperaient alors à l'expertise. On admettra alors, concernant ces derniers types de montages, qu'ils sont souvent – voire nécessairement – constitués de promesses unilatérales croisées ; or on le sait, celles-ci sont assimilables dans certaines conditions à des promesses synallagmatiques¹⁵²⁶, qui en principe valent vente. Elles pourraient effectivement, donc, être exclues du champ... mais en ce qu'elles constatent l'existence de *ventes parfaites*

¹⁵²⁰ Remettre en cause une vente parfaite, car c'est bien ce à quoi conduirait l'immixtion de l'expert dans ce cas là, ébranlerait notre droit des contrats : « *Heureusement d'ailleurs que tel est le droit positif, sans quoi les parties ne pourraient plus en France convenir d'un prix* » (R. MORTIER, note précitée sous Cass. com., 4 déc. 2012).

¹⁵²¹ V. d'ailleurs Cass. com., 26 févr. 2013, n° 11-27.521, inédit ; JCP éd. E 2013, 1520, comm. J.-M. DESACHE.

¹⁵²² V. en ce sens J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, n° 1506, p. 855.

¹⁵²³ http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2009_3408/ : « *la raison d'être [de l'expert] est d'arbitrer afin que l'associé obligé de céder ses droits ne soit pas spolié ou exproprié* ». Nous soulignons.

¹⁵²⁴ J.-M. DESACHE, comm. précitée sous Cass. com., 26 févr. 2013.

¹⁵²⁵ Cf. *supra*.

¹⁵²⁶ V. par ex. Cass. com., 22 nov. 2005, *Bull. civ.*, IV, n° 234 ; JCP éd. E 2006, 1463, note A. CONSTANTIN ; *RTD civ.* 2006, p. 302, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

plus qu'en ce qu'elles représentent des cessions « *insusceptibles d'être assimilées par leur effet économique à des clauses d'exclusion* »¹⁵²⁷. De toutes les manières, il nous semble en définitive bien difficile de déterminer ce qu'est « *l'exclusion* » sans risquer de se perdre davantage en arguties, déjà « *savamment* » entretenues par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Et puis, à ce stade, la prévision d'une modification de la loi¹⁵²⁸ rend inutile – nous voulons le croire – une telle démarche qui relève par ailleurs de la divination.

723. Dans cette attente, les praticiens sont prévenus : ils devront modifier leurs habitudes et soigner la rédaction de la clause d'évaluation pour qu'elle produise les effets escomptés. À ce titre les rédacteurs sont invités, tout d'abord, à cesser de faire référence à l'article 1843-4 du Code civil tout en stipulant une méthode d'évaluation censée encadrer la mission du tiers évaluateur éventuellement nommé ; il leur reviendra alors d'organiser contractuellement la mission de l'évaluateur après s'être placé sous le régime de l'article 1592¹⁵²⁹.

Conclusion du TITRE 1

724. Le paiement d'un prix au sortant n'est donc pas chose rare. Il s'agit même d'un principe lorsque sa position représente une valeur ; et il n'y a là rien de choquant dans la mesure où cette valeur accordée à la qualité de contractant consiste en une part de capital ou en l'appartenance à un réseau que les parties restent libres de monnayer. En ce cas, on comprend bien que cette modalité soit obligatoire puisqu'elle est difficilement détachable des attributs de la *propriété*. Plus généralement, d'ailleurs, le prix à payer lors de la sortie tend à s'imposer comme une forme de condition de l'exercice de la prérogative. Si l'on ne peut cacher les sérieuses difficultés suscitées par l'insertion d'une telle obligation, on ne saurait davantage nier la réalité pratique, surtout dans le domaine des affaires : il est souvent prévu que le sortant devra s'acquitter d'une somme, parce que cela permet de tempérer l'unilatéralisme dans lequel sont plongées les facultés qui nous

¹⁵²⁷ J.-M. DESACHE, comm. précité sous Cass. com., 26 févr. 2013.

¹⁵²⁸ Projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises, *Doc. AN n° 1341*, art. 3, 8°.

¹⁵²⁹ En ce sens, v. C. LEDOUX, *Évaluation de titres par un tiers : plutôt anticiper avec 1592 que subir avec 1843-4 !*, art. cit. L'essentiel, si bien entendu les parties ne souhaitent pas voir la valeur des parts librement déterminée par l'expert de l'article 1843-4 du Code civil, sera de gérer le risque qu'il ne puisse ou ne veuille procéder à sa mission, auquel cas, selon l'article 1592, il n'y aurait point de vente.

occupent ; cela rend ainsi, tout à la fois, la négociation contractuelle plus facile sur ce point et la mise en œuvre moins douloureuse.

725. Il existerait donc des modalités « facultatives », qui tendent pourtant à être systématiques, et des modalités « obligatoires », que les parties peuvent malgré tout écarter. La synthèse peut alors s'organiser autour de cette affirmation que ce sont les mêmes préoccupations qui conduisent, d'une part, à l'instauration d'une exigence générale d'avoir à respecter un délai de prévenance et, d'autre part, à la prévision d'une indemnité de sortie : la juste prise en compte de l'intérêt du cocontractant, dont l'exigence de bonne foi assure, non sans mal parfois, le rôle de vecteur ; et cette considération de l'autre se poursuit lorsqu'il s'agit de déterminer des effets de la sortie

Titre 2 Les effets de la sortie anticipée

726. Il peut paraître curieux de traiter des « effets de la sortie anticipée » ; du moins la formule peut-elle sembler étonnante en ce que, d'une part, on pourrait finalement soutenir qu'il n'existe qu'*un* effet et que celui-ci, d'autre part, consiste simplement dans *la sortie anticipée* elle-même. Il n'en est rien, bien entendu, tant les termes employés sont en réalité vagues : qu'est-ce donc qu'une sortie anticipée ? Répondre à ce type d'interrogation n'est pas chose aisée lorsqu'il s'agit d'un concept inconnu en tant que tel ; mais cela demeure indispensable, dans la mesure où l'étude du régime d'un mécanisme juridique ne saurait se passer de celle de ses effets. Il ne nous semble pas pour autant utile de dissimuler, surtout à des fins esthétiques, ce qui ne saurait échapper à personne : c'est la libération qui est recherchée à travers l'exercice de la sortie.

727. Reste, toutefois, que l'affirmation n'épuise pas les interrogations ; loin s'en faut. Déjà, concrètement, il est légitime de se demander comment la sortie agit sur le contrat pour parvenir à une forme de libération. Quelle est, ensuite, l'étendue de cette libération ? Surtout, il nous semble que l'un des questionnements doit être affiné et dédoublé : de quelle manière une sortie anticipée *réussie* va-t-elle agir sur le lien contractuel ? Qu'est-ce donc, alors, qu'une sortie *manquée* et quels sont ses effets ? Pour présenter ce qui doit terminer notre étude nous avons en effet choisi, dans une visée pragmatique, de distinguer suivant que la sortie doit produire les effets escomptés ou non.

728. C'est ainsi que nous sommes amenés à constater qu'au delà du « territoire » de la sortie réussie, espace peut-être plus réduit et difficile à baliser que ce que l'on est amené à penser (**Chapitre 1**), s'ouvre celui de la sortie manquée, qui ne laisse pas au contraire de surprendre par son étendue et ses effets (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 Les effets de la sortie anticipée réussie

729. L'effet recherché par le sortant – ou son futur ex-partenaire lorsqu'il impose à l'autre de sortir de la relation dans laquelle il se maintiendra – relève de l'évidence : c'est l'extinction du contrat à son égard qui est poursuivie. Mais, comme bien souvent, derrière la simplicité de l'objectif principal se dissimulent des questions d'ordre plus technique ; considérations que l'on ne saurait éluder si l'on veut correctement appréhender le mécanisme de la sortie anticipée d'un contrat de durée.

730. Ainsi, déjà, l'extinction du contrat doit-elle être datée et délimitée dans le temps. Ensuite, le résultat escompté ne correspond pas nécessairement à la disparition de tous effets issus du lien. Des obligations survivent en effet à ce phénomène, de telle sorte que la distinction doit être opérée entre ce qui demeure et ce qui s'éteint. De manière plus générale, l'effet de la sortie doit donc être déterminé, dans un premier temps, au regard du contrat contenant la faculté que le sortant met en œuvre (**SECTION 1**). L'étude ne saurait toutefois se contenter d'un regard trop étroit, parce que porté sur le seul contrat. C'est dire qu'il faut, compte tenu de la complexité des relations contractuelles, impliquant bien souvent la conclusion de plusieurs contrats, se pencher sur le sort des éventuels autres liens contractuels (**SECTION 2**).

SECTION 1 L'extinction du contrat à l'égard du sortant

731. Affirmer que le contrat s'éteint par la mise en œuvre de la clause de sortie, comme il vient d'être dit, ne suffit pas : il nous faut connaître exactement ce qui, dans le contrat, cesse de produire des effets. À cet égard, le temps joue un rôle considérable et il convient, avant tout, de déterminer le moment de la remise en cause effective du contrat et sa portée dans le temps. Nous traiterons donc dans un premier temps des aspects temporels de la sortie (§1). C'est ensuite l'impact de la mesure contractuelle sur les composantes du contrat qui doit intéresser l'analyste : quelle est l'étendue de la sortie au regard de l'ensemble que constitue le contrat ? Nous envisagerons ainsi les aspects matériels du mécanisme (§2).

§1 Aspects temporels de la sortie

732. Le temps est une donnée importante, non seulement, bien entendu, parce qu'il s'agit de sortir de manière *anticipée* d'un contrat qui avait vocation à s'inscrire dans la *durée*, mais également parce que les effets de la sortie sont conditionnés par des données d'ordre temporel. La décision de sortir est effective à un moment donné et son résultat s'étend dans le temps ; et il convient de bien distinguer ces deux aspects. La date d'effectivité est celle à compter de laquelle le contrat ne produit plus d'effet pour l'avenir. Il est donc faux de la fixer, par une fiction d'antidate et dans le but de revenir sur des actes passés, antérieurement à la notification de la décision¹⁵³⁰. C'est confondre la date d'effectivité de la sortie (**A.**) et ses effets dans le temps (**B.**).

A. La date de prise d'effets de la sortie

733. Le principe de la liberté contractuelle doit trouver ici à jouer : les parties peuvent donc choisir de moduler, dans les limites déjà exposées tenant au respect de certaines modalités, la date de prise d'effets. Généralement, sans considérer pour l'instant le régime de certaines obligations qui, par hypothèse, ne s'inscrivent pas dans le rythme de l'effet principal de la sortie, l'effectivité de l'extinction des obligations principales trouve en principe son point de fixation dans la notification adressée par le sortant (1.). Toutefois, plus radicalement, la simple survenance de l'évènement érigé en cause de sortie automatique et immédiate engendre à elle seule les effets de la sortie (2.). L'effectivité du mécanisme peut encore être suspendue, non pas à la notification, mais à l'accomplissement de la modalité d'avoir à verser une somme pour l'exercice de la sortie (3.).

1. La notification de volonté, élément de détermination de la date de prise d'effets

734. La question ne suscite guère de difficultés et n'appelle donc pas de substantiels développements : la sortie, acte unilatéral dans son exercice, prend en principe effet au jour de la réception par le cocontractant de la notification de la volonté de sortir. D'où l'intérêt de prévoir le respect d'un minimum de formalisme à cette

¹⁵³⁰ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., spéc. n° 878, pp. 631-632, qui relève qu'une « partie des difficultés que suscite la portée temporelle de l'effet résolutoire vient de la confusion qui est souvent entretenue entre les effets de la résolution et la date de prise d'effet de la résolution » (l'auteur souligne).

occasion, afin d'arrêter de manière certaine une date pour la cessation des obligations principales du contrat.

735. Cependant, comme on l'a vu, la date de prise d'effet sera très souvent repoussée au delà du jour de la réception de la notification. Car si cette notification reste l'élément essentiel permettant la détermination de la date, l'exigence générale d'avoir à respecter un délai de prévenance s'écoulant entre la date de la déclaration de volonté et la sortie effective conduit mécaniquement à repousser celle-ci de la durée de celui-là. C'est d'ailleurs là la fonction du délai de préavis : repousser les effets d'une sortie annoncée afin pour le cocontractant d'être préparé, autant qu'il le peut, aux conséquences de la disparition de la relation contractuelle.

2. Le cas de la sortie automatique

736. Comme il a été dit, les parties peuvent prévoir une sortie automatique et immédiate, laquelle se produira donc sans que le sortant n'ait à décider de sortir¹⁵³¹. Nul acte unilatéral réceptice en ce cas : en l'absence d'option entre la continuation de la relation et la sortie, aucune déclaration de volonté n'intervient et la sortie engendrera ses effets, en principe, au jour de la survenance de l'événement. On perçoit donc le danger potentiel d'une telle stipulation et les difficultés qui en seraient la conséquence : les parties pourraient continuer une relation qui a pu s'éteindre à leur insu, s'ils n'ont pas connaissance immédiate de la réalisation de l'événement, jusqu'à ce que la date de prise d'effets de la sortie leur apparaisse ; il sera alors nécessaire de revenir sur des actes passés...

737. Les parties pourraient prévoir que la date de prise d'effets est reportée au jour de la connaissance de l'événement ; plus précisément encore, à la date de réception par le cocontractant de la notification de la survenance de l'événement – ou à l'expiration de l'éventuel délai de préavis qui devrait être respecté à cette occasion. Cependant, puisque ce mécanisme ne présente que peu d'intérêt par ailleurs, sa dangerosité et/ou sa complexité devraient plutôt conduire les rédacteurs à éviter ce genre de stipulation. À tout le moins réserveront-ils l'automatisme de la sortie à la survenance d'événements purement objectifs dont la date ne pose pas de problème – jugement par exemple –, ou encore à

¹⁵³¹ Cf. *supra*.

l'hypothèse d'inexécution persistante à l'expiration du délai accordé par une mise en demeure, puisqu'alors la date butoir constitue la date de prise d'effet de la rupture.

3. Le cas de la sortie payante

738. Nous distinguerons ici la sortie impliquant le versement, par le titulaire de la faculté, d'une indemnité de sortie anticipée (*a.*), de celle de l'associé qui doit être remboursé de la valeur de ses parts (*b.*).

a. La sortie avec indemnité

739. Lorsqu'il est prévu que le sortant devra une indemnité en contrepartie de l'exercice de la faculté, et en l'absence de plus de précisions, la date d'effectivité ne devrait pas être différente : il s'agira de celle de la réception de la notification – sauf à la repousser au jour de l'expiration de l'éventuel délai de préavis. Or, il sera fréquemment intéressant de prévoir que cette sortie ne sera effective qu'à compter du versement intégral de ladite indemnité entre les mains du cocontractant. Cela permettra en effet d'éviter que le paiement ne tarde trop, le sortant étant alors incité à payer afin d'être véritablement libéré de la relation. Suivant la nature du contrat en cause, les parties prévoiront des stipulations régissant cette période de latence qui pourrait exister entre la notification de la volonté de sortir et le paiement de l'indemnité – suspension de l'exécution contractuelle, maintien de certaines obligations... *etc.*

740. Dans cette hypothèse, le versement est non seulement une modalité rendue obligatoire par l'accord des parties, mais il devient également une condition de fond de l'effectivité de la sortie. Ce qui rapproche cette situation de celle de la sortie d'un associé.

b. La sortie de l'associé

741. La nature spécifique de la relation contractuelle dont l'associé sort – ou est exclu –, du fait de la valeur que représente sa position – dont on doit s'assurer qu'elle lui revient lors de sa sortie –, complique singulièrement la question de la date de prise d'effet de la sortie. On est en effet ici bien loin de la théorie et du régime de l'acte unilatéral réceptice : si l'on peut dire que cette date correspond à celle de la perte de la qualité d'associé, quand exactement intervient ce dernier événement ? Les enjeux de ce questionnement sont importants en pratique, puisqu'à la qualité d'associé sont attachés des droits – droit d'agir en justice, droit de vote, droit de percevoir les dividendes – mais

également des obligations – participation aux pertes, plus généralement obligation de ne pas agir à l'encontre de l'intérêt de la société. Ainsi la date de la perte de qualité participe-t-elle à la détermination de la valeur des parts¹⁵³², dans la mesure où c'est à ce moment qu'il faut se placer pour l'évaluation. Au delà, c'est également les droits des coassociés qui sont affectés, comme ceux des tiers. Il est donc indispensable, lors de la mise en œuvre d'un mécanisme de sortie – en lui-même, déjà, source de conflits –, de savoir à partir de quel moment l'associé n'a plus qualité pour faire valoir ses droits et n'est plus soumis à certaines obligations.

742. Par deux arrêts du 17 juin 2008¹⁵³³, la Cour de cassation est venue affirmer que « *la perte de la qualité d'associé [ne peut] en cas de retrait, être antérieure au remboursement de la valeur des droits sociaux* »¹⁵³⁴ et que « *l'associé qui est autorisé à se retirer d'une société civile pour justes motifs par une décision de justice, sur le fondement de l'article 1869 du code civil, ne perd sa qualité d'associé qu'après remboursement de la valeur de ses droits sociaux* »¹⁵³⁵. Ces décisions, qui concernent le retrait d'un associé d'une société civile prévu par l'article 1869 du Code civil, répondent donc clairement à la question : la sortie effective de l'associé se retirant, la perte de sa qualité de membre du groupement, est repoussée au moins jusqu'à la date de remboursement de l'intégralité de ses titres. Il en découle, notamment, que c'est à la date du remboursement que l'on détermine la valeur des titres cédés¹⁵³⁶ et que l'associé a droit à la perception des dividendes jusqu'au remboursement complet des parts correspondantes ; il semble même qu'il puisse alors percevoir l'intégralité de ces fruits, quand bien même une partie de la valeur de ses parts lui aurait déjà été remboursée¹⁵³⁷ ou même, encore, si un délai réglementaire de remboursement a été dépassé¹⁵³⁸.

¹⁵³² En l'absence de clause d'évaluation efficace.

¹⁵³³ Cass. com., 17 juin 2008 (2 esp., arrêts n° 716 et n° 718), Bull. civ., IV, n° 125 et n° 126 ; Bull. Joly sociétés 2008, n° 206, p. 965, note F.-X. LUCAS ; Dr. sociétés 2008, comm. n° 176, note R. MORTIER ; Rev. sociétés 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI ; D. 2008, p. 1818, obs. A. LIENHARD ;

¹⁵³⁴ Cass. com., 17 juin 2008, arrêt n° 716, précité.

¹⁵³⁵ Cass. com., 17 juin 2008, arrêt n° 718, précité.

¹⁵³⁶ CA Aix-en-Provence, 22 nov. 2011, Bull. Joly sociétés 2012, n° 183, p. 318, note R. MORTIER, rendu sur renvoi de Cass. com., 4 mai 2010, Bull. civ., IV, n° 85 ; Bull. Joly sociétés 2010, n° 137, p. 660, note F.-X. LUCAS.

¹⁵³⁷ Cass. com., 27 avr. 2011, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 876, n° 460, note (crit. sur ce point) R. MORTIER.

¹⁵³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2012, n° 11-18.453, à paraître au Bulletin : « *en cas de décès de l'associé, membre d'une société civile professionnelle d'architectes, ses héritiers ou légataires conservent vocation à la répartition des bénéfices jusqu'à la cession ou au rachat des parts de leur auteur* ». Cela vient donc encore conforter les droits du titulaire de parts durant la période précédant le remboursement effectif.

743. La troisième chambre civile de la Cour régulatrice¹⁵³⁹ avait auparavant adopté la même position concernant l'éviction d'une société civile d'un associé à l'encontre duquel une procédure collective avait été ouverte, exclusion prévue par l'article 1860 du Code civil précisant bien que, dans ce cas, « *il est procédé, dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé* ». Si ce dernier arrêt se « contente » d'appliquer littéralement un texte¹⁵⁴⁰, les deux premiers, postérieurs, ont suivi la même voie alors que l'article 1869 apparaît neutre à ce sujet¹⁵⁴¹. Ils concernent, toutefois, des hypothèses de retrait prévues par la loi. La question mérite donc être posée : cette solution doit-elle être entendue plus généralement ? Précisément, concernant notre étude, la fixation de la perte de la qualité d'associé au jour du remboursement de la valeur de ses parts doit-elle être étendue aux hypothèses d'exclusion et de retrait prévues par les statuts ou au titre d'actes extrastatutaires ? Une clause peut-elle venir, efficacement, prévoir une autre date pour la perte de qualité ? Ces questions se posent avec d'autant plus d'acuité que l'on a vu¹⁵⁴² que l'existence d'une contestation sur la valeur des droits est entendue largement – en ce sens qu'une clause de valorisation n'écarte pas forcément la possibilité d'une contestation – et que cela peut conduire, sous l'effet du mécanisme de l'article 1843-4 du Code civil, à retarder franchement la date du remboursement effectif. En élargissant la solution adoptée dans les décisions du 17 juin 1998 à ces hypothèses, on augmenterait nécessairement le temps de latence entre la décision de sortie – imposée et même peut-être voulue par

¹⁵³⁹ Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *Bull. civ.*, III, n° 243 ; *D.* 2000, somm., p. 237, obs. J.-C. HALLOUIN ; *D. affaires* 1999, p. 298, obs. M. BOIZARD ; *JCP éd. N* 1999, p. 725, note D. RANDOUX ; *JCP éd. E* 1999, 1395, note J. P. GARCON ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 436, note F.-X. LUCAS ; *Defrénois* 1999, p. 623, obs. H. HOVASSE ; *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 32, obs. T. BONNEAU.

¹⁵⁴⁰ Toutefois, malgré le libellé de la disposition, certains auteurs estiment que la solution ne va pas de soi et, surtout, qu'elle est critiquable : v. essentiellement F.-X. LUCAS, note précitée sous Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998 : « *Il ne semble pas contraire [...] aux termes de l'article 1860 du Code civil, de lier la perte de la qualité d'associé à la décision de rembourser l'associé (« il est procédé au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé ») ; on ne prend plus alors en compte le fait matériel du remboursement mais la décision de procéder à ce remboursement, décision qui est celle par laquelle l'assemblée des associés de la société civile écarte la dissolution pour préférer l'élimination de l'intéressé. L'article 1860 du Code civil n'est pas dénaturé : c'est quand il est décidé de rembourser les droits sociaux de l'intéressé que celui-ci perd sa qualité d'associé* ». Par ailleurs, selon l'auteur, la fixation de la date effective de la sortie au jour du remboursement effectif retarde l'élimination de l'associé qui a perdu tout *affectio societatis* – puisqu'il est déjà assuré d'être évincé –, de même qu'elle est contraire aux principes gouvernant la perte de la qualité d'associé : celle-ci est liée à la propriété de parts, laquelle est transférée *solo consensu*, c'est-à-dire dès l'accord sur la chose et sur le prix, et non au jour du paiement effectif ; alors que, de plus, la loi prévoit parfois une autre date pour la perte de la qualité – généralement au jour de la survenance de l'événement conditionnant le droit de sortir ou d'exclure –, ce qui démontre que d'autres considérations – essentiellement la nature du groupement et la cause du retrait ou de l'exclusion – doivent être prises en compte.

¹⁵⁴¹ V. en ce sens, A. LIENHARD, note précitée sous Cass. com., 17 juin 2008 (2 esp.).

¹⁵⁴² Cf. *supra*.

l'associé sortant – et la perte de la qualité d'associé. La naissance de conflits peut alors venir s'ajouter à la contestation de la valeur. Les effets de celle-ci nourriront ensuite ceux-là. Les espèces précitées soumises à la Cour de cassation illustrent bien l'ampleur des enjeux pratiques : les arrêts du 17 juin 2008 concernent le droit d'agir du retrayant, non encore intégralement remboursé, à l'encontre de résolutions adoptées postérieurement au retrait – non effectif donc – pour l'une des affaires¹⁵⁴³ et en dissolution pour mésentente dans la seconde¹⁵⁴⁴. De fortes sommes sont en jeu et il n'y a aucune raison que ce ne soit pas le cas lorsque la sortie est exercée sur le fondement d'une clause des statuts ou d'un mécanisme extrastatutaire.

744. Pour tenter de répondre, nous relèverons, tout d'abord, que la loi elle-même prévoit une date antérieure au remboursement effectif en certains domaines : il en va ainsi de l'exclusion de l'associé d'une société civile professionnelle, lequel, lorsqu'il est frappé d'une interdiction définitive d'exercer la profession, perd sa qualité au jour de l'interdiction¹⁵⁴⁵. C'est donc que l'on ne peut sans ambages établir un principe absolu consistant à lier définitivement et en toutes circonstances le titre à la finance¹⁵⁴⁶ ; ce qui peut laisser une place à la liberté contractuelle. La Cour de cassation, ensuite, a déjà décidé qu'une clause statutaire pouvait efficacement prévoir que la perte de la qualité d'associé, à la suite d'une exclusion, pouvait être effective à la date de l'événement

¹⁵⁴³ Cass. com., 17 juin 2008, arrêt n° 718, précité.

¹⁵⁴⁴ Cass. com., 17 juin 2008, arrêt n° 716, précité.

¹⁵⁴⁵ Article 24, alinéa 3, de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 : « *L'associé frappé d'une interdiction définitive d'exercer la profession perd, au jour de cette interdiction, la qualité d'associé* ». Toutefois, la jurisprudence a déjà reculé l'effectivité de la sortie au jour du remboursement de la valeur des parts à l'associé, par l'effet d'une combinaison du texte avec des dispositions réglementaires relatives aux sociétés civiles professionnelles de notaires : v. Cass. com., 22 mai 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 139 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 178, note J.-P. LEGROS ; *Rev. sociétés* 2007, p. 827, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1065, note J.-J. DAIGRE. V. également l'article R. 523-5 du Code Rural qui prévoit, pour les sociétés coopératives agricoles, que la « *démission en fin de période d'engagement, l'exclusion ou le retrait de l'associé coopérateur en cours d'engagement d'activité avec l'accord du conseil d'administration entraîne la perte de la qualité d'associé coopérateur* ». V. encore, en matière de société d'exercice libéral de laboratoires d'analyses médicales, l'article 21 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 et les articles R. 6212-86 et R. 6212-87 du Code de la santé publique ; pour une application stricte de ces dispositions : Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 2011 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. n° 154, note M. ROUSSILLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 797, n° 385, note M.-H. MONSERIE-BON.

¹⁵⁴⁶ V. à ce sujet F.-X. LUCAS, *Élimination de l'associé de société civile « failli » ou « déconfit »* [...], note précitée sous Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998. et, du même auteur, *Retrait judiciaire d'une société civile pour justes motifs et date de la perte de la qualité d'associé*, note précitée sous Cass. com., 17 juin 2008, précité.

objectif justifiant l'exclusion¹⁵⁴⁷. Seulement, l'antériorité de cet arrêt par rapport à ceux du 17 juin 2008 permet de douter du maintien de la solution dans l'avenir¹⁵⁴⁸.

745. Et pourtant, si l'on peut bien discuter l'opportunité de dater l'effectivité de la sortie de l'associé au jour de la décision de retrait ou d'exclusion lorsque les statuts sont muets sur ce point, l'adoption d'un principe général ne semble pas souhaitable pour autant, tant les situations peuvent s'avérer différentes ; le maintien des effets de la liberté contractuelle paraît alors indispensable. Si l'objectif poursuivi par la jurisprudence est d'éviter que le remboursement ne tarde trop, il nous semble que celui-ci pourrait être atteint par d'autres moyens préservant la liberté des associés d'organiser les effets de la sortie, comme par exemple la prévision générale d'un délai maximum pour opérer au remboursement, comme cela existe dans la loi pour certaines situations¹⁵⁴⁹. De plus, n'y aurait-il pas une certaine incohérence à restreindre la liberté contractuelle, d'un côté pour accélérer le remboursement et, d'un autre, pour admettre la possibilité d'une contestation au jour de la sortie – en considérant inefficace une clause de valorisation –, source de ralentissement des opérations de remboursement ? De toutes les manières, comme bien souvent et surtout dans les affaires – c'est-à-dire en l'absence, en principe, de déséquilibre justifiant la protection d'une partie présumée faible –, les parties associées restent les mieux à mêmes de déterminer le régime de leur sortie.

746. Dans l'attente d'une décision confirmant ou infirmant la solution rendue en faveur de la liberté contractuelle¹⁵⁵⁰, les rédacteurs peuvent continuer de prévoir une clause organisant la perte de la qualité d'associé, puisque cela ne viendra pas, en tous les cas, invalider la relation. Mais la prudence devra tout de même être de mise durant la période s'écoulant entre la décision de sortie et le remboursement effectif, laquelle sera opportunément réduite à l'essentiel et ne devra pas être le théâtre de décisions collectives susceptibles de nourrir un litige.

¹⁵⁴⁷ Cass. com., 8 mars 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 618, note D. RANCOUX ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. MARTIN-SERF ; *RDC* 2006, p. 449, obs. F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 995, note P. LE CANNU.

¹⁵⁴⁸ F.-X. LUCAS, note précitée sous Cass. com. 17 juin 2008.

¹⁵⁴⁹ V. par ex. les dispositions précitées en matière de société civile professionnelle ou de société d'exercice libéral.

¹⁵⁵⁰ Cass. com., 8 mars 2005, précité.

B. Les effets dans le temps de la sortie anticipée

747. Il est certain que la clause de sortie opère sur le futur, car la fonction d'une telle stipulation est justement de permettre à un contractant de se détacher des liens du contrat pour l'avenir. Le futur contractuel est nécessairement compromis. Tout n'est pas dit pour autant, car il reste à déterminer ce que l'on fait du passé.

748. Nous avons déjà abordé cette question, incidemment, lors de nos développements portant sur la nature de la clause de sortie et, plus précisément, sur la possibilité de qualification de condition résolutoire¹⁵⁵¹. Nous y affirmions, sur la base d'une étude récente¹⁵⁵², que cette modalité n'emporte pas par principe anéantissement rétroactif, dans la double mesure où l'effet résolutoire ne saurait être réduit à l'effet rétroactif et où ce dernier ne consiste pas nécessairement à remettre en cause l'existence du contrat. De plus, la condition résolutoire semble avoir été élaborée, telle qu'elle figure au Code civil, en considération d'un contrat à exécution instantanée et au contenu obligationnel relativement simple. C'est pourquoi, en définitive, le régime de la condition résolutoire *classique* ne semble guère correspondre à celui de la clause de sortie, version *adaptée* de la modalité aux figures contractuelles contemporaines. Il est alors habituel de dire que la résolution rétroagit quand la résiliation n'intervient que pour le futur¹⁵⁵³. Et il pourrait alors n'y avoir qu'un pas vers cette idée nous intéressant directement puisqu'elle concerne les deux principales catégories de clause de sortie : la clause résolutoire produit en principe un effet rétroactif, alors que la clause de résiliation met fin au contrat pour l'avenir.

749. Cependant, derrière une distinction bien établie entre la sanction d'une inexécution et la rupture pour tout autre événement, on sait désormais qu'il existe, dans le domaine des contrats s'inscrivant dans la durée, une réalité bien moins manichéenne : il est des résolutions qui ne rétroagissent pas (1.) et des résiliations qui reviennent sur le passé (2.), de telle sorte que le critère des effets dans le temps de la clause de sortie est à

¹⁵⁵¹ Cf. *supra*.

¹⁵⁵² T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., *passim*.

¹⁵⁵³ V. par ex. G. VIRASSAMY, *Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié*, JCP éd. E 1992, n° 15, 137 : « Cette distinction, résiliation et résolution, est importante. Il est en effet [...] classiquement affirmé, quant à leurs effets, que la résolution a un effet rétroactif qui fait table rase du passé et remet les parties, à l'instar des effets d'une annulation, dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la conclusion du contrat. Et qu'à l'inverse, la résiliation, parce que la nature des contrats dont elle sanctionne l'inexécution interdit toute restitution efficace et véritable, ne vaut en principe que pour l'avenir ».

rechercher ailleurs que dans l'appellation générique de la stipulation, elle-même dépendante de l'événement conditionnant le droit de sortie (3.).

1. Du principe de la résolution rétroactive¹⁵⁵⁴

750. En principe rétroactive, la résolution d'un contrat, lorsque ce dernier est à exécution successive, n'opère très souvent que pour l'avenir¹⁵⁵⁵. Est-il encore besoin de présenter cette exception à la rétroactivité de la sanction de l'inexécution qui, nous concernant, relève davantage du principe si l'on veut bien considérer que les clauses de sortie – en ce compris la clause résolutoire – se rencontrent essentiellement dans les contrats s'étalant dans le temps ? C'est ainsi que le juge saisi d'une demande en résolution judiciaire décide fréquemment, lorsqu'il s'agit d'un contrat qui a été correctement exécuté pendant une certaine période, que la résolution n'entraîne pas l'anéantissement rétroactif de la relation¹⁵⁵⁶. La « pleine » rétroactivité se révèle en effet source d'« impossibilité » matérielle¹⁵⁵⁷ – on ne peut toujours rendre ce que l'on a donné – et peut, surtout, s'avérer inutile et inopportune – pourquoi revenir sur ce qui a été correctement exécuté ? Mais il faut encore savoir à compter de quelle date la résolution joue effectivement ; plusieurs possibilités peuvent être envisagées : au jour du prononcé de la résolution¹⁵⁵⁸, de la demande en justice ou encore de l'inexécution. On voit bien alors, au regard surtout de cette dernière hypothèse, que tout retour en arrière n'est pas écarté¹⁵⁵⁹.

751. Nous nous intéresserons à la seule clause résolutoire, laissant ainsi de côté une bonne partie du débat sur l'effet rétroactif de la résolution. Car, en effet, la question des

¹⁵⁵⁴ V. à ce sujet T. GENICON, *op. cit.*, n° 812, p. 579 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, préf. C. Jamin, spéc. n° 545 et s., p. 331 et s. J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges Raynaud*, Univ. Toulouse, 1985, p. 203 et s.

¹⁵⁵⁵ V. par ex. A. BENABENT, *Droit des Obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2012, n° 399, p. 288. V. déjà R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, *RTD civ.* 1945, p. 159 et, encore, L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, Tome III, Article 1183*, Durand & Pédone-Lauriel, 1885, n° 72, pp. 72-73

¹⁵⁵⁶ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, *Bull. civ.*, II, n° 87 ; *JCP éd. G* 2003, I, 170, n° 15, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2004, p. 365, obs. J-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté [...] ».

¹⁵⁵⁷ Il nous semble plus juste cependant d'évoquer la complexité en pratique que l'impossibilité matérielle puisqu'on a vu que la rétroactivité, concept intellectuel, opère *in jure* dans l'ordre matériel (*cf. supra*). V. pourtant, relevant encore l'impossibilité de revenir sur le passé, CA Anger, 24 janv. 2012, RG n° 10/ 02989.

¹⁵⁵⁸ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 16 oct. 1970, *Bull. civ.*, III, n° 524 ; Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1983, *Bull. civ.*, III, n° 124 ; *RTD civ.* 1984, p. 118, obs. P. REMY.

¹⁵⁵⁹ V. surtout Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, précité et Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 2008, *Bull. civ.*, III, n° 144 ; *Defrénois* 2008, p. 2499, art. 38874, n° 1, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2009, p. 70, obs. T. GENICON.

effets dans le temps de la résolution – entendue comme la sanction d’une inexécution – ne se pose pas avec la même acuité lorsqu’elle intervient au titre d’une stipulation contractuelle. Puisque l’intérêt de cette clause est essentiellement de s’éviter le recours au juge par la mise en œuvre unilatérale d’une prérogative contractuelle¹⁵⁶⁰, le créancier de l’obligation inexécutée poursuit rarement l’anéantissement au-delà de la notification de la volonté de sortie, généralement précédée d’une mise en demeure. En l’absence de précisions dans le contrat à ce sujet, il lui faudrait d’ailleurs saisir le juge¹⁵⁶¹ ou avoir contracté avec un débiteur assez diligent – du moins lors de la liquidation de la relation résolue – pour accepter de procéder à des opérations de restitution et d’indemnisation qui ne seraient pas expressément envisagées par le contrat. Surtout, alors que que la résolution judiciaire est susceptible de n’être prononcée par le juge que longtemps après l’inexécution, le contrat est au contraire résolu dès lors que le titulaire de la clause résolutoire le notifie. Cette proximité entre le fait générateur de la sortie et la sortie elle-même évince, souvent, la nécessité d’un véritable retour en arrière.

752. La clause résolutoire, lorsqu’elle est intégrée dans un contrat de durée, conduit donc très généralement à l’extinction pour le futur des effets du contrat. Il est d’ailleurs bien souvent prévu que le mécanisme n’opérera que pour l’avenir¹⁵⁶², ceci évitant aux parties de procéder à des restitutions sources de contentieux¹⁵⁶³, de même que cela limite le risque de voir certaines stipulations remises en cause par l’atteinte du passé¹⁵⁶⁴. C’est donc ici la liberté contractuelle qui prime¹⁵⁶⁵, ce qui implique à l’inverse que les contractants peuvent valablement prévoir une rétroactivité plus ou moins étendue – temporellement¹⁵⁶⁶. Dépassé le principe de la liberté, la question reste tout de même ouverte de savoir ce que déciderait un tribunal, quant à l’étendue temporelle de la

¹⁵⁶⁰ Cf. *supra*.

¹⁵⁶¹ Lequel appréciera alors l’opportunité d’une remise en cause du passé contractuel en fonction de « l’économie du contrat » ou, pour le dire autrement, en fonction de sa nature « échelonnée » ou non, « divisible » ou « indivisible », ou encore suivant que l’utilité poursuivie est « globale » ou « continue ». Sur ce point cf. *supra*.

¹⁵⁶² Plusieurs formules sont envisageables : « le contrat prendra fin », « le contrat sera résilié », « le contrat cessera pour l’avenir »... *etc.* Si les parties veulent éviter sur ce point toute ambiguïté, il leur reviendra d’être encore plus précises en écartant expressément toute rétroactivité et en évitant le recours au vocable « résolution » sans y apporter plus de précision.

¹⁵⁶³ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 94, p. 103.

¹⁵⁶⁴ Il serait en effet bien dommage que l’effet d’une clause de sortie emporte avec lui des stipulations censées régir la période de liquidation de la relation. Cf. *infra*.

¹⁵⁶⁵ Ce qui signifie qu’il peut valablement exister « une discordance entre la sanction qui eut été applicable en l’absence de clause et celle prévue par la convention » (C. PAULIN, *op. cit.*, *loc. cit.*) ; de la même manière, nous semble-t-il, qu’il peut exister une différence quant à l’appréciation de l’opportunité de la résolution.

¹⁵⁶⁶ Sur l’aspect matériel, Cf. *infra*.

résolution, s'il devait être saisi de la question par l'une des parties une fois la clause résolutoire mise en œuvre. La jurisprudence manque, mais il nous semble que le juge disposerait du même pouvoir qu'en matière de résolution judiciaire : les effets devraient être adaptés à la nature du contrat, tel que voulu par les parties.

753. Au soutien de cette position, nous pouvons relever que cela a déjà été décidé pour une sortie exercée, qui plus est, en dehors de toute inexécution. C'est ce que nous allons voir à présent.

2. Du principe de la résiliation pour le futur

754. Il semble encore plus inutile de rappeler que la résiliation, en principe, opère seulement pour le futur : ce terme a été utilisé, justement, pour permettre la distinction entre une rupture rétroactive et une rupture qui ne le serait point¹⁵⁶⁷. Cependant, comme son « pendant résolutoire » peut souvent se désintéresser du passé contractuel, le mécanisme « résiliatoire », à l'inverse, trouve parfois à rétroagir.

755. Au moins un arrêt, en effet, admet le jeu d'une certaine rétroactivité à la suite d'une résiliation anticipée d'un contrat¹⁵⁶⁸. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat conclu entre une société d'avocats et un client, donnant au premier une mission d'assistance judiciaire et juridique moyennant une rémunération annuelle forfaitaire, payable mensuellement. Ledit contrat était conclu pour une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction, sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties. Le contrat fut rompu par le client au cours de la première année, de manière anticipée. Le client n'avait réglé que sept mensualités et il ne s'agissait donc pas de l'hypothèse précitée de dénonciation faisant échec à la reconduction tacite. Après un détour par la procédure classique de contestation des honoraires, la société d'avocats assigna le client aux fins qu'il soit condamné à lui verser un complément d'honoraires. Les premiers juges firent droit à sa demande, considérant que la résiliation anticipée avait été exercée de manière licite, ce dont il faut déduire que, *« de ce fait, les parties étaient sorties du champ d'application de la convention, la société d'avocats ne pouvant réclamer la totalité d'une rémunération forfaitaire annuelle alors qu'elle n'a accompli que les 7/12 de ses prestations et [le client]*

¹⁵⁶⁷ On sait que la distinction se situe également sur un autre plan, ce qui complique singulièrement et inutilement la question : la résolution est une sanction de l'inexécution alors que la résiliation évoque la cessation du contrat pour d'autres raisons. Cela motive notre emploi du terme générique de « sortie ». Cf. *supra*.

¹⁵⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1999, *Bull. civ.*, I, n° 162 ; *JCP éd. G* 1999, I, 173, n° 30, obs. R. MARTIN.

ne pouvant se prévaloir du paiement fractionné par douzième pour ne régler que les 5/12 d'un montant forfaitaire qui n'avait de sens que sur 12 mois ». Les parties étaient alors renvoyées devant le bâtonnier pour que ce dernier arrête le montant des honoraires en fonction des diligences réellement accomplies par la société d'avocats pendant la période d'exécution contractuelle. La cour d'appel confirma cette décision.

756. Un pourvoi fut formé par le client, reprochant aux juges du fond d'avoir prononcé la résolution du contrat – alors que cela n'était pas demandé – et de n'avoir par respecté les stipulations du contrat en décidant que la rémunération de la société d'avocats devait être fixée au regard des prestations effectivement accomplies durant sept mois. À dire vrai, au premier regard, cette argumentation ne nous semble pas dénuée de pertinence : les juges n'auraient-ils pas réécrit la relation après avoir tout simplement ignoré le contrat qui en était le support ? Une résolution ne serait-elle pas intervenue afin de légitimer, par son effet rétroactif, cette mise à l'écart de l'accord des parties ? La première chambre civile de la Cour de cassation rejette cette présentation dans une formule relativement ciselée : « *attendu que la dénonciation unilatérale et anticipée d'un contrat d'assistance juridique et judiciaire conclu pour un temps déterminé et moyennant des honoraires forfaitaires, a nécessairement un effet rétroactif ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel s'est prononcée comme elle l'a fait* ». Point de résolution selon la haute Cour¹⁵⁶⁹, mais bien une « *dénonciation* » unilatérale dont les effets doivent « *nécessairement* » avoir une répercussion sur le passé.

757. Le manque d'audace – ou, pire, un certain esthétisme terminologique – n'échappera à personne : la Cour n'emploie pas le terme de « *résiliation* », alors que les faits qui nous sont donnés de connaître ne laissent aucun doute ; il ne s'agissait pas d'une *résolution*, au sens de la rupture-sanction d'une inexécution, mais d'une *résiliation* exercée « *d'une façon parfaitement licite* » selon les premiers juges. Il est vrai, cependant, qu'il eut été peu élégant d'affirmer que la résiliation unilatérale et anticipée d'un contrat « *conclu pour un temps déterminé et moyennant des honoraires forfaitaires, a nécessairement un effet rétroactif* ». C'eut été déroutant, même, tant sont importants les efforts pour justifier la distinction entre la résolution et la résiliation. Eut-ce été faux pour autant ? Non, car on ne voit pas bien que le fait de taire un terme rende juste une décision. C'est dire que la résiliation peut rétroagir. En l'occurrence, la sortie – fixée au jour de la

¹⁵⁶⁹ Il y a manifestement eu un effet résolutoire, mais pas de résolution au sens de la sanction de l'inexécution contractuelle.

dénonciation – a déroulé ses effets antérieurement à sa date d’effectivité puisque l’accord des parties sur le prix a été remis en cause. Et nous abordons la considération essentielle : la Cour prend soin de préciser, sans quoi la distinction précitée aurait franchement volé en éclats, que la dénonciation anticipée d’un contrat à durée déterminée rétroagit nécessairement lorsque sont prévus des « *honoraires forfaitaires* ». Il s’agit là de la seule explication justifiant efficacement la position de la Cour et nous ne pouvons alors nous empêcher d’y voir le jeu d’une condition résolutoire.

758. La fixation forfaitaire du prix annuel, payable mensuellement, implique un abandon par la société d’avocats de certaines prétentions relatives à sa rémunération ; autrement dit, puisque le prix à payer restera le même, il se peut que la société d’avocats y perde¹⁵⁷⁰ si, effectivement, elle doit accomplir de nombreuses diligences durant une certaine période¹⁵⁷¹. Mais c’est un risque qu’elle a accepté non sans contrepartie : elle peut d’ores et déjà compter sur une certaine rémunération globale, car le client s’est engagé pour une durée déterminée, ce qui lui permet d’espérer raisonnablement que toutes les périodes ne se ressembleront pas ; il y en aura pendant lesquelles les prestations effectuées pour son client seront, en fait, mieux rémunérées par le forfait que s’il avait fallu facturer selon les diligences réellement effectuées. Ce dont il ressort assez clairement que la fixation forfaitaire n’a de sens que si la durée déterminée est respectée. Dans ce cadre, très justement relevé par les juges du fond, l’anticipation du terme ôte *nécessairement* toute raison d’être au forfait ; et il n’y avait donc qu’un pas, franchi par la Cour de cassation, vers la nécessité d’un effet rétroactif pour revenir sur l’accord des parties quant au forfait.

759. On peut alors, toujours, y voir une réécriture du contrat¹⁵⁷², surtout si l’on considère que cet arrêt, relativement ignoré, s’inscrit dans le vaste débat de l’intervention judiciaire sur la rémunération des prestataires de services. Mais ce serait, nous semble-t-il, nier bien vite les effets d’une sortie bien comprise, c’est-à-dire la nécessité d’un effet rétroactif en raison de la nature du contrat, telle que l’ont voulu les parties ayant prévu, tout à la fois, une durée déterminée d’une année et un prix forfaitaire annuel. Pour autant,

¹⁵⁷⁰ La « perte » est ici une notion toute relative qui ne peut être appréciée qu’au regard de ce qu’aurait été la facturation s’il avait fallu tenir compte des diligences réellement effectuées.

¹⁵⁷¹ Le forfait implique souvent, également, une réduction du prix.

¹⁵⁷² V. en ce sens R. MARTIN, note précitée sous l’arrêt. Au demeurant, si réécriture il y a eu, c’est davantage l’œuvre du bâtonnier, saisi pour la fixation du montant des honoraires une fois que le juge a décidé que l’accord entre les parties sur le prix devait être mis à l’écart.

on doit bien avouer que la frontière entre ce nécessaire effet rétroactif et une réfaction intolérable du contrat pourra être bien mince. Les parties peuvent avoir eu l'intention de ne pas modifier la charge du risque des conséquences de l'anticipation du terme. Le critère constitue la limite : les parties doivent avoir vraiment conçu leur relation comme ayant une « *utilité globale* », pour reprendre l'un des derniers critères établis par la doctrine pour la détermination de la portée temporelle de la résolution¹⁵⁷³. Or, le contrat de durée contenant une faculté contractuelle de sortie anticipée semble, d'emblée, hors champ. C'est qu'en effet, la présence d'une telle prérogative est davantage l'indice d'une « *utilité continue* »¹⁵⁷⁴ procurée par le contrat : si les parties ont prévu que l'une d'elles – au moins – pourra sortir de la relation avant son terme extinctif, c'est que l'utilité du contrat se distille tout au long du temps qui passe¹⁵⁷⁵. Ce n'est qu'un indice, certes, mais c'est un indice tout de même : d'autres indices devront remettre en cause cette impression ; en quelque sorte, la faculté de sortie devra apparaître comme « *exceptionnelle* »¹⁵⁷⁶ au regard de l'économie contractuelle globale que les parties ont entendu instaurer. Il se peut également que la faculté ait une origine légale et, dans ce cas, l'indice perd de sa portée puisque, même si l'on peut considérer que les parties auraient pu l'écarter – quand cela leur est permis –, elles n'ont pas expressément et positivement entendu octroyer une telle possibilité.

760. On le voit bien, plus que dans tout autre mécanisme conduisant à la cessation de la relation, c'est la volonté des parties qui doit constituer le critère de l'étalement dans le temps des effets d'une clause de sortie.

3. Le critère de l'étalement dans le temps des effets : la volonté des parties

761. À tous les niveaux, si l'on peut dire, ce sont les contractants qui décident de l'effet dans le temps de la sortie qu'ils ont prévue dans leur contrat. Deux situations peuvent se présenter : soit les parties n'ont rien envisagé de précis à ce sujet, soit la clause prévoit les effets dans le temps de la sortie mise en œuvre. Dans le premier cas, la volonté

¹⁵⁷³ V. T. GENICON, *op. cit.*, n° 856 et s., pp. 609 et s.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, n° 865, p. 616.

¹⁵⁷⁶ Ce caractère pourra alors dépendre en partie de la nature de l'événement conditionnant la faculté de sortie : serait-il étroitement envisagé, comme une circonstance manifestement exceptionnelle, peu probable, la faculté paraîtra plus facilement exceptionnelle au regard de l'entier contrat ; serait-il large, comme une situation se produisant fréquemment dans le type de relation contractuelle considéré, davantage d'indices témoignant de l'utilité globale du contrat devront être présents.

des contractants aura un rôle par le truchement du juge éventuellement saisi. Dans le second, le rôle de la volonté est patent.

762. Tout d'abord, donc, il arrive – trop – fréquemment que la clause se contente d'offrir une faculté de sortie sans en préciser les effets dans le temps. En ce cas, on l'a vu, le retour en arrière n'est guère envisageable que sous l'effet d'un accord des parties au moment même de la sortie. Mais il se peut aussi que le juge du contrat soit saisi, à cette occasion, par le titulaire de la faculté – mécontent, par exemple, des conséquences d'une sortie provoquant ses effets pour le futur seulement –, ou par le cocontractant – mécontent de la mise en œuvre de la faculté. Il pourrait alors lui être demandé de statuer sur l'étendue des effets de la sortie, essentiellement sur la nécessité de lui donner un effet résolutoire. L'entier débat sur la rétroactivité de la résolution prononcée par le juge pourrait ainsi être transposé à l'hypothèse¹⁵⁷⁷ et il paraît bien difficile de dire quelle sera la méthode employée par le juge pour déterminer l'étendue de la sortie et, partant, quels seront ces effets¹⁵⁷⁸. Cependant, une fois dépassé le constat des difficultés auxquelles se heurte la doctrine pour l'établissement d'une grille de lecture efficace de la jurisprudence¹⁵⁷⁹, on peut bien admettre que c'est la volonté des parties qui est à chaque fois scrutée : ont-elle conclu un contrat à *exécution successive* ? Ont-elles voulu rendre *divisible* l'exécution de leur contrat ? Ont-elles entendu lui donner une *utilité continue*¹⁵⁸⁰ ? C'est bien de la commune intention des parties dont il s'agit. Mais il est question de leur intention au regard de l'entière relation, et non au regard des seuls effets de la faculté d'en sortir, ce qui rend bien hasardeuse toute prédiction quant au traitement judiciaire de la question. C'est pourquoi il ne peut qu'être conseillé aux rédacteurs de prévoir les effets de la sortie, en particulier l'existence et la teneur d'un éventuel effet rétroactif.

763. Ainsi, non seulement les parties sont autorisées à prévoir les effets de la sortie mais, surtout, il leur revient d'y procéder afin de ne pas créer une faculté qui pourrait en définitive se retourner contre son titulaire en raison d'une absence d'effet rétroactif. Elles

¹⁵⁷⁷ Il se peut d'ailleurs que le contractant intéressé par un retour en arrière poursuive directement la résolution judiciaire sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, à condition bien entendu qu'il s'agisse d'une clause de sortie pour inexécution.

¹⁵⁷⁸ Sur cette question, pour un rappel des positions doctrinales et des tendances de la jurisprudence, v. en dernier lieu T. GENICON, *op. cit.*, spéc. n° 835 et s., pp. 597 et s.

¹⁵⁷⁹ V. en ce sens, relevant notamment que « *la construction moderne* » est « *un art difficile* », T. GENICON, *op. cit.*, p. 597.

¹⁵⁸⁰ V. pour l'ensemble de ces critères et en dernier lieu T. GENICON, *op. cit.* et *loc. cit.*

peuvent déjà prévoir, lorsqu'il s'agit d'une clause résolutoire, que la sortie aura lieu sans rétroactivité ou, à l'inverse, entrainera un anéantissement total de la relation. La technique du « tout ou rien » s'avérant parfois insuffisante, surtout lorsque la sortie ne concerne pas un cas d'inexécution, la prévision gagnera souvent à être plus fine, adaptée à la nature de la relation contractuelle et à la faculté de sortie. La prévision d'une indemnité de sortie anticipée peut venir jouer ce rôle, à condition que seul le cocontractant du titulaire ait intérêt à revenir sur le passé. À titre d'illustration, nous reprendrons deux exemples que nous avons employés précédemment, à savoir un contrat de bail de droit commun pour une location de six mois¹⁵⁸¹ et un contrat d'assistance juridique et judiciaire d'un an, prévoyant un prix forfaitaire annuel¹⁵⁸².

764. Si le premier contrat contient, pour le preneur, une faculté de sortie anticipée, on sait que son exercice est susceptible de remettre en cause l'économie du contrat. Le bailleur, en effet, a pu consentir un rabais en louant le bien moyennant un loyer mensuel inférieur à ce qu'il aurait pu percevoir s'il avait été loué à la semaine pour la même durée globale – ce qui représente une forme de forfaitisation. Encore une fois, il y a consenti au regard de la durée du contrat qui lui assure une occupation du bien et les revenus qui y sont attachés. Une rupture anticipée compromet donc cet équilibre, et il peut être utilement prévu qu'en cas de sortie anticipée, le preneur devra s'acquitter de la différence entre ce qu'a effectivement perçu le bailleur et ce qu'il aurait pu percevoir s'il avait loué le bien, au même preneur, mais au tarif hebdomadaire. Cette stipulation permet donc un retour en arrière, puisque l'accord sur le prix est remis en cause, tout en fixant dores et déjà le montant de l'indemnité d'occupation que pourrait, par exemple, accorder le juge qui aurait résolu la convention sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. Quant au second contrat, il pourra utilement prévoir que la rupture anticipée s'accompagnera du versement de la différence entre ce qui a été perçu au titre du forfait et ce qui aurait dû être versé par le client si la facturation avait été établie dès le départ en fonction des diligences réellement accomplies.

765. Afin de lever toutes ambiguïtés, les parties désireuses de donner à la sortie un effet rétroactif, destiné à remettre en cause les avantages consentis en raison de la durée, sont invitées à envisager sa teneur le plus précisément possible. L'avantage sur l'octroi duquel doit porter la remise en cause sera souvent d'ordre pécuniaire, mais il pourrait

¹⁵⁸¹ Cf. *supra*.

¹⁵⁸² Cf. *supra*.

encore s'agir d'un droit accordé par le contrat ou d'une obligation consentie par le cocontractant, comme une exclusivité¹⁵⁸³.

§2 Aspects matériels de la sortie

766. Une fois déterminés dans le temps les effets de la sortie, il faut encore savoir ce qu'ils vont exactement atteindre dans le contrat. C'est dire, autrement, qu'après avoir vu *quand* et *comment*, temporellement, la sortie agit sur le contrat, on doit connaître ce sur *quoi* elle agit matériellement. Cela revient à se pencher, concrètement, sur les diverses atteintes au contenu obligationnel du contrat : toutes les obligations composant ce contenu n'auront pas nécessairement le même sort. Sortir du contrat ne correspond pas forcément et exactement à l'extinction de tout le contrat. Ce phénomène a déjà été constaté et nous reprendrons alors cette distinction très pragmatique qu'ont établie certains¹⁵⁸⁴ entre les obligations qui sont éteintes lors de la sortie (*A.*), et celles qui sont maintenues (*B.*).

A. L'extinction des obligations principales

767. Pour évident que cela puisse paraître, il nous faut l'affirmer : la sortie provoque l'extinction des obligations principales du contrat. Car c'est exactement cela que poursuit le sortant – à tout le moins celui qui a mis en œuvre la sortie – : suite à la survenance d'un certain événement, son intérêt à la poursuite de l'exécution est entamé, soit que l'opération économique dont le contrat est le support n'a plus d'intérêt, soit que le but ne peut plus être atteint ou, encore, qu'il pourrait être atteint d'une manière plus intéressante. Il s'agit de retirer de la place juridique le contrat devenu encombrant¹⁵⁸⁵. Or, sa libération n'est concevable que par l'extinction des obligations principales mises à sa charge par le contrat. La sortie du contrat correspond, à l'égard du sortant, à la cessation de ses effets principaux, puisque la disparition des obligations dont il est le débiteur, en vertu de la nature synallagmatique de la relation et de la commutativité, entraîne celle des obligations de son cocontractant¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸³ V. en ce sens, pour la clause résolutoire, J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, V^o Clause résolutoire, par J.-M. MARMAYOU, n^o 1690, p. 961.

¹⁵⁸⁴ V. surtout J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, n^o 1429 et s., p. 571 et s.

¹⁵⁸⁵ V. T. GENICON, *op. cit.*, spéc. n^o 210, p. 152 et n^o 710 et s., pp. 510 et s., à propos de la « *fonction économique* » de la résolution pour inexécution.

¹⁵⁸⁶ La clause de déchéance du terme est à cet égard un peu particulière, dans la mesure où il s'agit, d'une part, d'éteindre l'obligation du prêteur d'avoir à respecter le terme pour la restitution et, d'autre part, de

768. L'affirmation n'impose pas, selon nous, de longs développements. Tout au plus peut-on envisager un décalage dans l'extinction au sein des obligations à la charge du sortant¹⁵⁸⁷ : il peut par exemple être prévu – si la liberté contractuelle n'est pas limitée par la loi –, que telle obligation cessera de produire ses effets au jour de la notification de la volonté de sortie alors que telle autre s'éteindra à l'expiration d'un délai de préavis. Le décalage peut également être créé entre l'extinction de l'obligation principale du sortant et celle du cocontractant, sauf à heurter la justice commutative.

B. Le maintien de certaines stipulations

769. Le sujet paraît plus délicat : puisqu'un contractant sort de la relation, on peut légitimement se demander quelles stipulations sont susceptibles d'être maintenues et, le cas échéant, dans quelle mesure. L'hypothèse n'a pourtant rien de vraiment exceptionnel et on rappellera, tout d'abord, que la sortie d'un contractant n'implique pas forcément l'extinction absolue du contrat : lorsque le contrat est multipartite, la sortie de l'une des parties n'empêche pas forcément la poursuite de la relation entre les autres. Ainsi du contrat de société, lequel continue entre les autres associés à la suite de la sortie d'un ex-partenaire.

770. Ensuite, et surtout, des stipulations « survivent » à l'extinction du contrat ; nous en évoquerons rapidement les principales catégories (1.), avant d'aborder la question de leur maintien en cas de remise en cause rétroactive (2.).

1. Les stipulations susceptibles d'être maintenues

771. Nous ne prétendons pas ici à l'exhaustivité, de même qu'il n'apparaît pas utile de reprendre intégralement un recensement remarquablement opéré par ailleurs¹⁵⁸⁸. Mais il n'est pas inutile d'en reporter ici les grandes lignes et l'on doit, tout d'abord, réserver le cas de clauses particulières, qualifiées d'autonomes au regard de l'opération dont le contrat est le support : clause compromissoire et clause attributive de juridiction en sont

provoquer l'exigibilité immédiate et totale de l'obligation de l'emprunteur de restituer la chose objet du prêt. L'extinction, si elle a lieu, est donc indirectement poursuivie par l'exécution anticipée de son obligation.

¹⁵⁸⁷ V. J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, *op. cit.*, n° 1433, p. 573.

¹⁵⁸⁸ V. surtout M. FONTAINE ET F. DE LY, *Droit des contrats internationaux*, Bruylant, 2^{ème} éd., 2003, p. 639 et s. ; J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 1438 et s., p. 575 et s. ; M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005, spéc. n° 170 et s., p. 137 et s. ; T. GENICON, *op. cit.*, spéc. n° 762 et s.

les principaux exemples¹⁵⁸⁹. Ces clauses affichent, en effet, leur autonomie au regard de l'opération économique poursuivie par les contractants. Elles ne participent pas de l'équilibre, économiquement appréhendé. Il s'en suit que l'extinction du contrat, entièrement orientée vers la disparition des effets produits en vue de la réalisation de l'opération économique, n'affecte pas ces stipulations. Elles pourront produire leurs effets malgré la sortie, peu importe alors que cette dernière procède à retour sur le passé¹⁵⁹⁰.

772. Ensuite, beaucoup de contrats comportent, par exemple, une obligation de garantie destinée à perdurer au-delà de l'extinction des effets principaux du contrat. Nombre aussi sont ceux, essentiellement dans le domaine de la distribution et de l'emploi, qui prévoient une obligation de non-concurrence¹⁵⁹¹ à la charge de l'ex-partenaire. Et l'on sait que ce type de stipulations est, sinon strictement encadré par la loi¹⁵⁹², à tout le moins étroitement contrôlé par la jurisprudence¹⁵⁹³.

773. Au titre de la nécessaire liquidation de la relation du fait de la sortie, on doit relever l'obligation de régler ou de rembourser certaines sommes ayant trait à l'activité contractuelle antérieure à la sortie – commandes passées, frais avancés... *etc.* –. On rappellera ensuite l'existence fréquente d'une obligation de restitution. Si celle-ci est naturelle dans les contrats justement dits « de restitution » – dépôt ou commodat par exemple –, elle existe encore, plus largement, dans tous « *les contrats comportant mise à disposition temporaire d'une chose* »¹⁵⁹⁴ corporelle ou incorporelle¹⁵⁹⁵. À l'inverse, un contractant peut également être tenu de reprendre une chose : il s'agit là essentiellement, dans le domaine de la distribution, de prévoir contractuellement le sort des stocks

¹⁵⁸⁹ La clause pénale, également, est souvent présentée comme une clause autonome.

¹⁵⁹⁰ V. par ex. Cass. com., 12 nov. 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 316 ; Cass. com., 9 avr. 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 69 (clause compromissoire) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 1978, *Bull. civ.*, II, n° 13 ; Cass. 1^{ère} civ., 8 juill. 2010, *Bull. civ.*, I, n° 161 (clause attributive de compétence).

¹⁵⁹¹ À côté de la clause de non-concurrence *stricto sensu*, on peut en trouver des variantes : *clause de clientèle*, *clause de non-rétablissement* ou encore de *non-réaffiliation*. V. not. J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit.*, V° Clause de non-concurrence par F. BUY, n° 1169 et s., pp. 645 et s. et V° Clause de non-réaffiliation par G. DARMON, n° 1240 et s., pp. 687 et s. et les références employées.

¹⁵⁹² V. par ex. l'article L. 134-14 du Code de commerce concernant le contrat d'agent commercial.

¹⁵⁹³ Notamment, la clause doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes* [du créancier] » (Cass. soc., 14 mai 1992, *D.* 1992, p. 350, note Y. SERRA) et ne doit pas « *empêcher d'exercer toute activité professionnelle* » pour le débiteur (Cass. com., 4 juin 2002, *D.* 2003, p. 904, note Y. PICOD. v. pour un rappel de ces critères J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 1175, pp. 648 et s.

¹⁵⁹⁴ J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 1453 p. 581.

¹⁵⁹⁵ Lorsque la restitution s'avère impossible en raison de la nature de la chose, comme un savoir-faire transmis par un franchiseur, la restitution « *s'opérera par le jeu d'obligations de ne pas faire* », comme celle, par exemple, de ne pas exploiter ledit savoir-faire (v. J.-M. MOUSSERON, *op. cit.*, n° 1457, p. 582).

constitués par le distributeur avant l'extinction du contrat. La liquidation, on l'a vu¹⁵⁹⁶, peut enfin impliquer le versement d'une somme d'argent par le sortant en exercice de son droit de sortie. Mais cette obligation ne sera réellement post-contractuelle que si elle est due en raison de la mise en œuvre antérieure de la clause de sortie.

774. Une récente décision, concernant précisément ce type de clauses, nous conduit maintenant à traiter plus en avant du problème du maintien lors d'une sortie impliquant une remise en cause du passé.

2. Étendues temporelle et matérielle de la sortie : quelle conciliation ?

775. Dans un arrêt rendu le 3 mai 2012¹⁵⁹⁷, la Cour de cassation est venue affirmer « *qu'ayant retenu que la gravité des manquements de la société [prestataire] justifiait la résolution au torts exclusifs de cette dernière, en application des dispositions de l'article 1184 du Code civil, la cour d'appel en a déduit à bon droit que le contrat étant anéanti, la société [prestataire] n'était pas fondée à se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les conditions et les conséquences de sa résiliation unilatérale par la société [cliente]* ». En l'espèce, un contrat de prestations de service avait été conclu entre deux sociétés, semble-t-il pour une durée déterminée. La société cliente, manifestement mécontente des prestations réalisées, « interrompt » le contrat, sans préavis, dès l'année suivante ; le prestataire l'assigna alors aux fins, notamment, de se voir attribuer des dommages et intérêts et, surtout, le montant de l'indemnité due par le cocontractant en cas de « *résiliation unilatérale anticipée* ». La Cour d'appel donna raison au sortant en constatant la résolution aux torts exclusifs de la société prestataire et en rejetant l'ensemble des demandes formulées par cette dernière. Position que confirma la Cour de cassation dans les termes précédemment rapportés.

776. Un auteur voit dans cette décision une piste dangereuse, susceptible de menacer l'ensemble des « *clauses ayant vocation à survivre à la résolution* »¹⁵⁹⁸ ; et il est vrai qu'une certaine lecture de l'arrêt le permet : le contrat en question, en raison des manquements du contractant, aurait été légitimement résolu, de sorte qu'il est anéanti rétroactivement ; et ceci entraînerait alors la disparition du « *socle* » nécessaire à

¹⁵⁹⁶ Cf. *supra*.

¹⁵⁹⁷ Cass., com. 3 mai 2012, à paraître au Bulletin ; *D.* 2012, p. 1719, note A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE ; *RLD civ.* 2012, n° 95, p. 14, note E. POULIQUEN ; *JCP éd. G* 2012, p. 901, note A. HONTEBEYRIE.

¹⁵⁹⁸ A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE, note précitée sous Cass., com. 3 mai 2012.

l'application d'une clause¹⁵⁹⁹. Il devient alors aisé, logique même, d'opposer résolution et résiliation, comme le fait la Cour de cassation dans sa motivation. À ce compte là, effectivement, l'ensemble des clauses précitées pourrait être affecté lorsqu'il s'agit de *résoudre* le contrat. *Grosso modo*, la clause ne pourrait être invoquée car elle a disparu du fait de la résolution. Cette décision semble formellement nier la fonction et la nature d'un effet résolutoire bien compris, en ce qu'elle paraît assimiler, fort brutalement, résolution et effet rétroactif, puis effet rétroactif et remise en cause totale de l'existence du contrat¹⁶⁰⁰ ; tout ceci, qui plus est, au visa de l'article 1184 du Code civil, troublant si l'on veut bien considérer qu'il s'agissait en l'espèce d'une résolution extrajudiciaire¹⁶⁰¹.

777. Cependant, il reste, dans le fond, que cette position n'est peut-être pas fautive au regard de l'objectif poursuivi par le mécanisme de sortie mis en œuvre. Non point que la clause ait été automatiquement emportée par une disparition automatique et absolue du contrat, mais, plutôt, parce que le retrait du contrat poursuivi par le sortant impliquait en l'occurrence la disparition de cette stipulation. C'est donc bien en raison d'un effet rétroactif que la clause ne peut plus être mise en œuvre, mais pas celui qui tendrait à nier, systématiquement, jusqu'à l'existence même de la relation contractuelle : on peut considérer qu'en l'espèce le retrait effectif du contrat auquel le sortant ne trouve plus d'intérêt – en raison des manquements de son cocontractant – implique nécessairement la remise en cause de l'accord des parties sur le versement d'une indemnité à la charge du contractant qui userait d'un quelconque droit de sortie ; car, c'est important de le préciser, le contrat prévoyait une indemnisation du partenaire en cas de résiliation unilatérale « *quel qu'en soit le motif, et sauf si ladite résiliation anticipée est causée par une faute constituant une infraction pénale* ». La clause paraissait ainsi englober l'hypothèse d'une résolution extrajudiciaire, mais le choix a été fait de l'écarter et il convient, encore, de se détacher de l'opposition résolution-résiliation.

778. Ne doit-on pas considérer que la stipulation en cause ne répondait pas, simplement, aux critères de celles qui peuvent survivre à l'extinction du contrat, entendue

¹⁵⁹⁹ V. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM 2001, préf. H. Muir Watt, n° 1414, p. 1015.

¹⁶⁰⁰ Cf. *supra*.

¹⁶⁰¹ Une lecture attentive des faits de l'espèce permet en effet d'observer qu'il était en cette affaire question des conséquences d'une résolution décidée extrajudiciairement. En ce sens, la Cour d'appel n'a fait que constater la résolution. Or, le visa de l'article 1184 et la formule de la Haute Cour laissent davantage à penser qu'il s'agit de traiter des effets de la résolution judiciaire. Sur ce point, v. A. HONTEBEYRIE, note précitée sous Cass., com. 3 mai 2012, lequel auteur envisage que « *la Haute juridiction n'est peut-être pas foncièrement hostile au rapprochement de la résolution unilatérale et de l'article 1184* ».

comme le retrait du support juridique de l'opération économique¹⁶⁰² ? C'est affirmer, autrement, que la solution ne tiendrait « *pas exclusivement à la rétroactivité, mais aussi à la clause dont la Cour avait ici à connaître* »¹⁶⁰³. Concrètement, cette dernière faisait partie intégrante de l'économie du contrat puisqu'elle participait à rétablir un certain équilibre en cas de cessation anticipée du contrat¹⁶⁰⁴ : que celui-ci tombe intégralement – parce que le retrait effectif du contrat le commande –, celle-là devra suivre. Or, manifestement, les manquements de l'espèce justifiaient selon les magistrats un véritable effacement des effets produits par le contrat ; sans doute les fautes étaient-elles patentes dès le départ de la relation et se sont-elles poursuivies jusqu'à la décision du client. Mais c'est alors ce seul point qu'il conviendrait de discuter – lequel relève du pouvoir souverain des juges du fond –, et non pas sur la mise à l'écart d'une clause s'inscrivant « *nettement dans l'opération d'échange organisée par le contrat* »¹⁶⁰⁵, lorsque l'effectivité du retrait de cette opération doit conduire à revenir sur la totalité des effets produits par le contrat. Clairement, permettre à la stipulation d'opérer à un rééquilibrage du prix du contrat, parce que sa durée a été avortée, n'a aucun sens si le retrait implique de revenir sur l'ensemble des effets contractuels.

779. En définitive, si la motivation nous semble user d'un raccourci maladroit, cette décision ne saurait pour autant condamner, nécessairement, les autres clauses censées survivre à l'extinction du contrat, surtout lorsque leur autonomie au regard du projet porté par le contrat est établie. Il reste de même envisageable qu'une clause d'indemnisation puisse produire ses effets malgré une sortie pour inexécution, pour peu que celle-ci n'implique pas un effacement fort étendu des effets produits par le contrat. En revanche, l'arrêt nous enseigne peut-être que la liberté des parties est limitée, en ce sens qu'elles ne peuvent prévoir une clause d'indemnité susceptible de produire des effets *en toutes circonstances*. Il y aurait un domaine réservé de l'effet résolutoire. En tout état de cause, la conciliation à opérer entre l'étendue temporelle et l'étendue matérielle de la sortie est celle qui répond à l'objectif de la sortie, c'est-à-dire à la nécessité d'éteindre une norme devenue inutile. Et cela ne peut se faire sans considération de l'équilibre relatif qu'elle établissait entre les parties.

¹⁶⁰² V. T. GENICON, *op. cit.*, spéc. n° 783 et s., pp. 561 et s.

¹⁶⁰³ A. HONTEBEYRIE, note précitée sous Cass., com. 3 mai 2012.

¹⁶⁰⁴ Cf. *supra*.

¹⁶⁰⁵ A. HONTEBEYRIE, note précitée.

SECTION 2 Le sort des contrats liés au contrat éteint

780. Sous réserve de ce qui vient d'être dit, la sortie conduit donc à la libération du sortant par l'extinction du contrat dont il s'extirpe. Si l'on excepte les conséquences d'une sortie mal engagée¹⁶⁰⁶, notre étude sur la mise en place et la mise en œuvre d'un droit contractuel de sortie anticipée pourrait s'achever à la présentation de ses effets sur le contrat. Mais ce serait passer sous silence une question importante : quels peuvent être les effets du mécanisme, non sur le contrat qui le contient, mais cette fois à l'égard d'éventuels autres contrats conclus par le sortant ? Le questionnement se pose avec d'autant plus d'acuité de nos jours que les relations contractuelles, sous l'effet d'une intensification constante, ne cessent de se complexifier¹⁶⁰⁷ : la relation contractuelle, la poursuite de l'opération globale, nécessite souvent la conclusion de plusieurs contrats. Ces autres contrats pourront lier le sortant avec son cocontractant ou, fréquemment, avec d'autres personnes.

781. Dans ce cadre, le titulaire d'une faculté de sortir par anticipation du contrat principal ne saurait envisager de quitter efficacement la sphère contractuelle sans considérer le sort de ces autres contrats : il nous faut savoir ce qu'il advient des contrats conclus dans le cadre de l'opération économique que porte le contrat principal et qui constituent alors, avec ce dernier, un *ensemble contractuel*, car il existe entre eux une certaine *indivisibilité* ou une *interdépendance*¹⁶⁰⁸. Et c'est, ici, l'effet de la sortie sur cet ensemble en général, et sur ses composantes en particulier, qui va nous intéresser. Ce questionnement n'a alors rien de spécifique à notre étude, en ce sens qu'il doit se poser quelle que soit l'origine de la sortie. Plus encore, l'éventuel régime d'un ensemble contractuel ne concerne pas uniquement les conséquences de l'extinction de l'une de ses composantes. Mais, nous ne pouvons faire l'économie d'en traiter en raison du fait, justement, qu'il se pose notamment lorsqu'il s'agit de se prévaloir d'une faculté contractuelle de sortie.

¹⁶⁰⁶ Cf. *infra*.

¹⁶⁰⁷ V. par ex. J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 oct. 1985), PUF, 1986, p. 41 et s., spéc. p. 59 ; P. REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 151 et s., spéc. n° 1, p. 151.

¹⁶⁰⁸ V. en dernier lieu, sur la variété, l'évolution et le rôle de la terminologie, la synthèse de C. AUBERT DE VINCELLES : *Réflexion sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007, p. 983 et s.

782. Si nous délaissions volontairement certains aspects théoriques, qui méritent un traitement propre et brillamment opéré par ailleurs¹⁶⁰⁹, c'est tout de même l'occasion de rappeler qu'en principe la sortie n'a d'effets que sur le contrat « principal » – celui contenant la faculté de sortie. Le Code civil, en effet, ne traite pas de manière générale des « liens » qui peuvent unir des contrats ; il « *reste muet lorsque devient nécessaire une approche contractuelle globale* »¹⁶¹⁰. C'est ainsi que la notion d'*indivisibilité* prévue au Code ne concerne que le rapport établi entre obligations et non entre contrats¹⁶¹¹. En revanche, on sait qu'il pose un principe de relativité à l'article 1165, ce qui représente un obstacle théorique à la prise en compte juridique d'un « ensemble contractuel »¹⁶¹² : « *en effet, admettre que la disparition d'un contrat puisse entraîner celle d'un autre, c'est attribuer un très large rayonnement au premier contrat, au-delà de la sphère de ses parties contractantes* »¹⁶¹³.

783. Pour autant, on ne peut désormais ignorer que la notion d'ensemble contractuel n'est pas vide, ni de sens, ni de conséquences : l'existence d'un lien avec d'autres contrats pourra être relevée par le juge éventuellement saisi de la question, ce qui emporte alors des conséquences, notamment quant à l'étendue de la sortie (§1). Cependant, la notion reste en construction, tant dans sa définition que dans son régime, de sorte que les parties à un tel ensemble ne peuvent qu'être invitées à envisager, le cas échéant, l'établissement formel d'un lien et de ses conséquences en matière d'extinction (§2).

¹⁶⁰⁹ V. entre autres, parmi une abondante littérature et outre les références employées ci-dessus, S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007, préf. J. Foyer ; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Bibl. dr. entr. T. 40, Litec, 1999, préf. M. Cabrillac ; G. BACACHE-GIBELI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Bibl. dr. priv. T. 268, LGDJ, 1996, préf. Y. Lequette ; I. NAJJAR, *La notion d'« ensemble contractuel »*, in *Mélanges Decocq*, Litec, 2004, p. 509 et s. ; J.-M. MARMAYOU, *Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats*, *RJ com.* 1999, p. 292 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, *Deffrénois* 2002, p. 355. V. déjà B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Bibl. dr. priv. T. 139, LGDJ, 1975, préf. J.-M. Mousseron ;

¹⁶¹⁰ C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, n° 1, p. 983.

¹⁶¹¹ V. les articles 1217 à 1225 du Code civil.

¹⁶¹² V. J. MESTRE, *art. cit.*, *loc. cit.* : « *Toute la difficulté que soulèvent ces hypothèses est de savoir si notre droit doit ou non appréhender la réalité économique. Le juriste contemporain, peut-être plus pragmatique que ses devanciers, est tenté de le faire, mais rencontre, sur sa route, certains obstacles dont le principal est, une nouvelle fois, l'effet relatif du contrat* ». V. encore J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 331.

¹⁶¹³ S. PELLE, *op. cit.*, n° 66, pp. 55-56.

§1 Le sort des autres contrats en l'absence de prévision

784. La doctrine a œuvré, depuis maintenant de nombreuses années, pour la reconnaissance de la notion d'*ensemble contractuel*. La jurisprudence n'y est pas demeurée insensible, celle-ci nourrissant alors celle-là. Plus encore, le législateur a institué en quelques domaines une indivisibilité entre contrats, l'anéantissement de l'un entraînant alors la remise en cause de l'autre ou des autres¹⁶¹⁴.

785. Manifestement acceptée dans son principe¹⁶¹⁵, il s'agit désormais, plus précisément, de délimiter correctement la notion, car c'est la sécurité juridique qui est en jeu si l'on veut bien considérer, ne serait-ce qu'au regard de notre sujet, qu'il s'agit de faire produire des effets, sur un ou des contrat(s), à une clause contenue dans un autre (A.). Ensuite, c'est la question de la nature de ces effets qui doit être posée (B.).

A. La qualification d'*ensemble contractuel*

786. Il serait difficile, et prétentieux, de tenter, dans le cadre de notre étude, d'apporter des solutions satisfaisantes aux problèmes que rencontre l'analyste en ce vaste et complexe domaine. D'autant, encore une fois, que de brillantes études ont été réalisées¹⁶¹⁶, permettant d'apporter l'éclairage nécessaire à notre présentation, même si l'on peut toujours considérer qu'il s'agit d'*« un droit en devenir »*¹⁶¹⁷.

787. Plusieurs propositions, en effet, ont été au fil du temps formulées. La jurisprudence, dans le silence de la loi et face à la réalité économique, a elle-même été contrainte d'évoluer, de forger une notion dont l'utilité ne semble plus désormais devoir être prouvée. On peut alors constater¹⁶¹⁸, au cours des dernières années essentiellement, que la notion d'*ensemble contractuel* semble être préférée à celle de *groupe de*

¹⁶¹⁴ V. par ex. les articles L. 311-32 et L. 312-12 du Code de la consommation concernant respectivement le contrat de crédit mobilier – lequel précise que le contrat de crédit « *est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé* » –, et le contrat de crédit immobilier – pour lequel « *l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé* ».

¹⁶¹⁵ V. d'ailleurs l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui introduisait la notion de « *contrats interdépendants* » aux articles 1172 à 1172-3.

¹⁶¹⁶ Cf. *supra*.

¹⁶¹⁷ Selon l'intitulé de l'article précité de Madame le Professeur Aubert de Vincelles.

¹⁶¹⁸ C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, n° 2.

*contrats*¹⁶¹⁹. L'ensemble contractuel, notion davantage pragmatique que celle de groupe de contrats¹⁶²⁰, est difficilement définissable tant « *cette figure juridique recouvre une réalité polymorphe* ». On peut toutefois considérer, de manière large donc, qu'il s'agit de l'existence de « *plusieurs contrats ensemble qui participent à la réalisation d'une même opération globale* »¹⁶²¹, ou encore de « *contrats qui, tout en étant liés entre eux, conservent leur individualité* »¹⁶²². On voit ainsi bien, au regard de ces définitions, que la notion, tout d'abord, ne se veut pas réductrice – au contraire, compte tenu de la réalité pratique qu'elle entend embrasser – et, ensuite, que sa qualification semble dépendre de critères particuliers : l'existence d'une « *opération globale* », d'un « *lien* » entre les contrats ; et, il faut le reconnaître d'emblée, derrière la simplicité de l'acception large de la notion, se dissimulent en réalité quelques difficultés relatives à ces critères.

788. La difficulté est donc de savoir ce qu'est un ensemble de contrats susceptible d'être pris en considération par le droit lorsqu'il s'agit, notamment¹⁶²³, de déterminer les effets de l'anéantissement de l'une de ses composantes sur les autres. Car si la notion d'*ensemble* ne saurait être trop réduite, au risque de ne pas correctement répondre aux besoins des acteurs économiques, ceux-ci attendent encore une certaine sécurité juridique, laquelle commande tout de même une certaine délimitation. Tout ensemble de contrat ne saurait, en effet, produire des effets si on définit la notion comme l'existence de plusieurs contrats. C'est ainsi que l'ensemble contractuel à prendre en compte est celui qui est *indivisible*¹⁶²⁴. Cela ressort clairement de la jurisprudence la plus récente, visant quasi-systématiquement la présence d'un ensemble contractuel *indivisible*¹⁶²⁵ ou encore

¹⁶¹⁹ Sur laquelle v. essentiellement B. TEYSSIE, *op. cit.* L'auteur regroupait toutefois sous cette qualification les « *chaines de contrats* » et les « *ensembles de contrats* », la distinction entre les deux phénomènes s'opérant alors selon que les contrats sont unis par l'objet ou par la cause.

¹⁶²⁰ En ce sens, v. par ex. S. AMRANI-MEKKI, *art. cit.*, n° 3 ; C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶²¹ S. PELLE, *op. cit.*, n° 56, p. 48.

¹⁶²² P. REIGNE, *art. cit.*, n° 2, p. 152.

¹⁶²³ Il convient toutefois de relever que, suivant les effets poursuivis par la reconnaissance d'un ensemble contractuel, la méthode de détermination peut trouver à varier : v. C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, n° 4, qui relève que la notion de cause est volontiers employée lorsque « *le juge appréhende l'existence d'un ensemble contractuel dans le but d'apprécier les sanctions en cascade* », alors qu'elle est plutôt écartée quand il s'agit d'établir la validité d'un contrat inclus au sein d'un tel ensemble.

¹⁶²⁴ V. en ce sens J.-B. SEUBE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, *RDC* 2009, p. 841 et s. : « *le qualificatif « indivisible » sert donc à marquer les limites du concept d'« ensemble contractuel » en réservant son efficience juridique au constat du caractère indivisible des éléments qui le composent* ».

¹⁶²⁵ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *Bull. civ.*, I, n° 190 ; *RDC* 2006, p. 700, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2006, p. 2656, note R. BOFFA ; *D.* 2006, pan., p. 2641, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Defrénois* 2006, p. 1194, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. com., 5 juin 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 156, *D.* 2007, p. 1723, obs. X. DELPECH ; V. déjà Cass. com. 4 avr. 1995, *Bull. civ.*, n° 116. Sur la notion d'indivisibilité, v. l'étude générale de J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, *op. cit.*

l'*interdépendance*¹⁶²⁶ entre les contrats le composant¹⁶²⁷. Pour déterminer, lorsqu'on est en présence de plusieurs contrats, si la situation relève de cette indivisibilité ou de cette interdépendance ou si, à l'inverse, n'en relève point, la jurisprudence semble s'attacher à l'existence d'une *opération économique commune* à laquelle participe chacun des contrats¹⁶²⁸ ou, encore, au fait que chacun des contrats n'a de sens qu'au regard de l'existence des autres¹⁶²⁹. La notion de *cause* est également employée¹⁶³⁰, comme celle de condition¹⁶³¹. La première l'est dans un sens qui est d'ailleurs parfois difficile à cerner¹⁶³², comme la seconde au demeurant¹⁶³³; c'est pourquoi certains auteurs¹⁶³⁴ souhaitent l'abandon de toute référence à ces notions pour caractériser l'existence d'un ensemble indivisible ou composé de contrats interdépendants, le critère de l'opération économique commune étant préférable, permettant de révéler l'existence d'une interdépendance¹⁶³⁵. Dans ce cadre, l'observation d'un lien objectif ne pourrait suffire¹⁶³⁶: l'intention des parties à l'ensemble sera scrutée, afin d'établir leur volonté de lier ensemble les contrats. Il s'agit, en définitive, de relever l'existence d'une *indivisibilité subjective*¹⁶³⁷ entre les composantes de l'ensemble, à l'aide d'indices tels que la date de signature des contrats¹⁶³⁸, l'identité des personnes les ayant signés ou encore leur durée respective¹⁶³⁹.

789. C'est ainsi que la présence d'une clause ayant pour objet déclaré de rejeter tout lien entre les contrats pouvait représenter un indice particulièrement fort de l'absence de lien. Mais cela n'est pas forcément suffisant si l'observation du reste du contenu

¹⁶²⁶ V. sur cette notion S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats, op. cit.*

¹⁶²⁷ V. par ex. Cass. com., 13 févr. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 43; Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 94; *Contr., conc., consom.* 2001, comm. n° 58, obs. C. CARON.

¹⁶²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, précité. V. ég. Cass. com., 13 févr. 2007, précité, qui relève la poursuite par les contrats « *du même but* ».

¹⁶²⁹ Cass. com., 13 févr. 2007, précité.

¹⁶³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006, précité; v. ég. Cass. com., 15 févr. 2000, *Bull. civ.*, IV, n° 29; *JCP éd. G* 2000, I, 272, n° 9, obs. A. CONSTANTIN; *D.* 2000, somm., p. 364, obs. P. DELEBECQUE; *Defrénois* 2000, 1118, obs. D. MAZEAUD.

¹⁶³¹ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 3 mars 1993, *Bull. civ.*, III, n° 28; *Defrénois* 1993, art. 35602, p. 927, obs. Y. DAGORNE-LABBE.

¹⁶³² C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, n° 5. L'auteur raisonne au regard de la décision précitée du 4 avril 2006, susceptible de plusieurs interprétations quant à la consistance de la cause qui y est mentionnée: cause du contrat ou cause dans un sens général non juridique.

¹⁶³³ S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels: l'anéantissement en cascade des contrats, art. cit.*, n° 10.

¹⁶³⁴ *Ibid.* V. ég. C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, n° 7.

¹⁶³⁵ C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶³⁶ V. en sens, distinguant critère objectif et subjectif, C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶³⁷ En ce sens v. S. AMRANI-MEKKI, *art. cit.*, n° 26 et s.

¹⁶³⁸ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 1997, *Bull. civ.*, I, n° 224; *D.* 1998, somm. comm., 110, obs. D. MAZEAUD.

¹⁶³⁹ V. S. AMRANI-MEKKI, *art. cit.*, spéc. note n° 80 et les références employées.

contractuel de l'ensemble – l'économie générale de l'ensemble – permet d'établir, au contraire, que les parties ont en réalité envisagé la réalisation d'une opération commune globale¹⁶⁴⁰. Il faut donc que la clause explicite bien les raisons de la divisibilité, qu'elle participe, autrement dit, à mettre au jour l'économie contractuelle telle que réellement voulue par les parties et dissimulée par un ensemble de considérations objectives, comme l'existence de contrats apparemment liés pour la poursuite d'une opération globale¹⁶⁴¹.

790. Deux importantes décisions viennent d'ailleurs de rejeter une telle clause en affirmant fermement que « *les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants* » et « *que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance* »¹⁶⁴². C'est dire que cet indice, dans une conception subjective, n'en est plus un. Ou plutôt, si l'on se range du côté de l'analyse objective que semble ainsi consacrer la chambre mixte de la Cour de cassation, devient-il un indice de l'existence d'une interdépendance : finalement, la nécessité pour les parties – plus certainement pour l'une d'entre elles – d'écarter expressément l'indivisibilité témoigne de l'existence d'un lien « naturel ». Sinon, pourquoi prévoir une telle clause alors que le principe est davantage l'absence de tout lien lorsque les contrats peuvent exister indépendamment les uns des autres ?

791. Plus qu'une véritable condamnation de toute approche subjective, ces deux décisions montrent alors peut-être les limites d'une distinction bien formelle entre l'indivisibilité subjective, voulue par les parties, et l'indivisibilité objective, qui jaillit de la nature globale de la relation. C'est qu'il ne faut pas exagérer la portée de cette distinction dans la mesure où, comme l'avait déjà relevé un auteur, « *lorsqu'il unit des contrats, le lien d'indivisibilité a toujours une dimension subjective puisque ce sont les contractants qui les ont volontairement agencés les uns par rapport aux autres* »¹⁶⁴³. Au-delà donc de l'apparente consécration de l'analyse objective, c'est la contradiction au sein

¹⁶⁴⁰ Cass. com., 15 février 2000, *Bull. civ.*, IV, n° 29 ; *JCP éd. E* 2000, Pan., 587 ; *RTD civ.* 2000, p. 325-326, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁴¹ V. pour un ex. Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2010, *Bull. civ.*, I, n° 213, confirmant les juges du fond ayant rejeté l'existence d'une indivisibilité entre un contrat de prestations informatiques et le contrat de financement.

¹⁶⁴² Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, *JCP éd. G* 2013, n° 24, p. 673, note F. BUY ; *JCP éd. G* 2013, p. 674, note J.-B. SEUBE ; *D.* 2013, p. 1658, obs. D. MAZEAUD ; *RLD civ.* 2013, p. 107, note N. MARTIAL-BRAZ ; *JCP éd. E* 2013, n° 27, p. 1403, note D. MAINGUY ; *PA* 1^{er} juill. 2013, n° 130, p. 7, obs. L. MARTINET et H. DE ROUX ; *Gaz. Pal.* 13 juin 2013, p. 11, 132w7, obs. N. GUERRERO ; *ibid.*, 4 juill. 2013, p. 18, 136c6, note D. HOUTCIEFF et 19 sept. 2013, p. 22, 145u3, note L.-F. PIGNARRE.

¹⁶⁴³ J.-B. SEUBE, note précitée sous Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008.

même de la volonté des parties qui nous semble être sanctionnée¹⁶⁴⁴ : les parties, tout à la fois, veulent créer un ensemble de contrats interdépendants – en témoignent l'économie globale de la relation dont ils sont le support – et s'en détacher nettement par la stipulation d'une clause de divisibilité. Procédant à une sorte de rééquilibrage dont il est friand, il n'est pas vraiment surprenant que le juge du contrat mette à néant l'existence d'une telle clause. C'est bien cela, nous semble-t-il, qui doit préoccuper la doctrine comme les praticiens : le rééquilibrage de la relation – encore – en asservissant la volonté contractuelle par la cohérence¹⁶⁴⁵. Cela doit conduire au questionnement : serait-il toujours juste de faire prévaloir l'accord abstrait des parties quant à la nature globale de la relation sur la clause de divisibilité, représentant un accord davantage concret ? Car, d'une part, cette stipulation peut être la contrepartie de concessions qui n'apparaissent pas de manière évidente lors de l'« examen global » de la relation instituée. Les rédacteurs seraient ainsi invités à mettre en évidence l'existence de ces éventuels concessions. D'autre part, en tous les cas, la clause témoigne d'une « *volonté de répartir différemment le risque d'inutilité économique du contrat. Une volonté qui, dans un contrat négocié, et dès lors qu'elle est clairement exprimée, mérite d'être entièrement respectée* »¹⁶⁴⁶.

792. Il est vrai, toutefois, que la Cour de cassation a ici porté un coup à la liberté contractuelle – usant d'une « *conception impérative de l'interdépendance* »¹⁶⁴⁷ aboutissant à réputer non-écrite ladite stipulation – dans des affaires pour lesquelles il est *a priori* difficile d'envisager des concessions. Ce qui explique alors, peut-être, que sous ses allures d'attendu de principe l'affirmation de la Haute Cour se limite – pour l'instant ? – aux opérations « *incluant une location financière* ». Il faut espérer que les décisions qui ne manqueront probablement pas d'intervenir éclaireront le débat.

B. Les effets de la sortie d'un contrat sur l'ensemble dont il fait partie

793. Une fois admise l'existence d'un ensemble devant être pris en compte, il reste à savoir comment il sera atteint par les effets de la sortie d'un contrat y appartenant : par la nullité, la résolution, la résiliation ou encore la caducité ? Cela doit-il dépendre de la nature du mécanisme de sortie mis initialement en œuvre ? Répondre à ces questions n'est pas chose aisée et l'on se rend compte que si la notion d'ensemble semble consacrée, un

¹⁶⁴⁴ V. surtout en ce sens D. HOUTCIEFF, note précitée sous les arrêts.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ F. BUY, note précitée sous les arrêts.

¹⁶⁴⁷ L.-F. PIGNARRE, note précitée sous les arrêts.

régime lisible doit encore être établi. C'est pourquoi il a pu être légitimement écrit que « *la jurisprudence n'a pas su dégager un principe général permettant de déterminer le mode de disparition des contrats qui sont liés à un contrat résolu ou résilié pour inexécution* »¹⁶⁴⁸.

794. Des décisions récentes paraissent cependant éclaircir quelque peu la matière, un mécanisme semblant désormais avoir la préférence de la jurisprudence : la *caducité*¹⁶⁴⁹. Un arrêt du 4 avril 2006¹⁶⁵⁰ est ainsi venu confirmer la position des juges du fond ayant « *déduit à bon droit que la résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement, libérant la société des stipulations qu'il contenait* »¹⁶⁵¹. Plus encore, par un arrêt du 5 juin 2007¹⁶⁵², la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel ayant décidé que la résiliation d'un contrat de location entraînait la résolution du contrat de vente – avec lequel il formait donc « *un ensemble contractuel complexe et indivisible* » – au motif « *qu'en statuant ainsi, alors que la résiliation des contrats de location et de maintenance n'entraîne pas, lorsque ces contrats constituent un ensemble contractuel complexe et indivisible, la résolution du contrat de vente mais seulement sa caducité [...]* ». La volonté semble donc nettement affirmée de faire de la caducité le procédé de libération d'une partie à un ensemble contractuel dont l'une des composantes est éteinte¹⁶⁵³.

795. Cette notion était autrefois considérée comme la sanction d'un acte juridique opérant « *de plein droit et sans rétroactivité, lorsque pleinement valable à sa formation et avant qu'il ait pu produire ses effets juridiques, il est privé d'un élément essentiel à sa*

¹⁶⁴⁸ P. REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, art. cit., n° 32, p. 171.

¹⁶⁴⁹ V. not. sur cette notion, parmi une abondante littérature, R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, *Étude de droit civil*, Bibl. dr. priv. T. 445, LGDJ, 2006, préf. Y. Lequette ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004, préf. P. Jestaz ; F. GARRON, *La caducité du contrat : étude de droit privé*, PUAM, 2000, préf. J. Mestre ; Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Bibl. dr. priv. T. 18, LGDJ, 1963, Préf. P. Hébraud. Adde, L. MERLAND, *La caducité, sanction de l'accord provisoire qui ne devient pas définitif ? (À propos de Cass. Ire civ., 7 nov. 2006, n° 05-11.775)*, *RLD civ.* 2008, n° 50, p. 73 et s.

¹⁶⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006, précité.

¹⁶⁵¹ V. déjà Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 1997, précité, confirmant une Cour d'appel ayant notamment décidé que « *l'annulation du contrat de vente avait entraîné la caducité du prêt* ». Mais le sens de cette décision reste discuté, de même que la solution qui y est adoptée : v. en dernier lieu S. PELLE, *op. cit.*, spéc. n° 418 et s., p. 387 et s.

¹⁶⁵² Cass. com., 5 juin 2007, précité.

¹⁶⁵³ V. encore récemment Cass. com., 26 mars 2013, n° 12-11.688, *inédit*. Au visa des articles 1131 et 1134 du Code civil, la Cour de cassation juge que « *la résiliation d'un contrat de déploiement de logiciel, qui s'inscrit dans un ensemble complexe et indivisible, entraîne la caducité du contrat portant sur les licences, sauf à tenir compte dans l'évaluation du préjudice résultant de l'anéantissement de cet ensemble contractuel de la faute de la partie qui en a été à l'origine* ».

validité par la survenance d'un événement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté de son auteur »¹⁶⁵⁴ ; mais, depuis cette définition encore très imprégnée du droit romain¹⁶⁵⁵, il a été admis qu'elle doit trouver à s'appliquer même lorsque le contrat a reçu un début d'exécution¹⁶⁵⁶. L'évolution progressive de la caducité a ainsi conduit à l'émergence d'une notion plus large, davantage adaptée aux figures contractuelles modernes ; et il nous semble qu'il faut poursuivre dans cette voie en se débarrassant de considérations qui alourdissent inutilement l'élaboration d'un régime pour l'anéantissement de l'ensemble contractuel. Nous pensons ici aux faux problèmes de l'automatisme de la caducité et de la place de la rétroactivité – encore – dans le mécanisme d'extinction de l'ensemble¹⁶⁵⁷. Le tout récent projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures envisage d'ailleurs de clarifier la notion¹⁶⁵⁸.

796. Il est vrai, tout d'abord, que la caducité semble être automatique. On peut ainsi citer plusieurs décisions de la Cour de cassation concernant l'exclusion automatique – en ce sens qu'il n'y pas de véritable procédure mise en œuvre – d'un membre d'un groupement à la suite de l'extinction d'un contrat de l'ensemble contractuel¹⁶⁵⁹ – lequel contient, donc, les statuts constitutifs du groupement. Certaines critiques ont alors été formulées, en ce que l'automatisme fait peu de cas des exigences du principe du contradictoire et des droits de la défense¹⁶⁶⁰. Cependant, comme cela a déjà été dit¹⁶⁶¹, les

¹⁶⁵⁴ Y. BUFFELAN-LANORE, *op. cit.*, p. 161.

¹⁶⁵⁵ L. MERLAND, *art. cit.*, p. 73.

¹⁶⁵⁶ V. par ex. F. GARRON, *op. cit.*, spéc. n° 186 et s., p. 268 et s.

¹⁶⁵⁷ V. en dernier lieu S. AMRANI-MEKKI, *art. cit.*, n° 35 et s. ; C. AUBERT DE VINCELLES, *art. cit.*, n° 13 et s.

¹⁶⁵⁸ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *Doc Sénat* n° 175 ; *D.* 2013, p. 2661, édito F. ROME ; *JCP éd. E* 2013, act. 882, note G. NOTTE. V. son article 3, 4° prévoyant de « clarifier les règles relatives à la nullité et à la **caducité**, qui sanctionnent les conditions de validité et de forme du contrat ». Nous soulignons.

¹⁶⁵⁹ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 424 ; *JCP éd. G* 1997, II, 22815, note P. REIGNE ; *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 42, obs. L. LEVENEUR : une société exploitant un supermarché avait adhéré à une association de distributeurs – structure associative d'une grande enseigne – et signé un contrat lui permettant d'utiliser le logo et la marque de la grande enseigne – contrat de panonceau. Ce dernier prévoyait une possibilité de sortie au profit de la grande enseigne en cas d'agissements fautifs de son cocontractant ; cette faculté fut mise en œuvre à la suite de certains événements et le conseil d'administration de l'association décida de prononcer la radiation du distributeur de l'association. Celui-ci demanda la nullité de cette décision mais fut débouté par les juges du fond. Son pourvoi reprochait notamment à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande sans avoir recherché si les manquements au contrat de panonceau constituaient un motif grave justifiant la radiation de l'association. La Cour de cassation rejeta le pourvoi en relevant « que les statuts de l'association et le contrat de panonceau forment un ensemble indivisible, la résiliation du contrat emportant radiation de l'association ».

¹⁶⁶⁰ V. en ce sens, à propos de l'arrêt précité du 3 décembre 1996, P. REIGNE, obs. précitées ; J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n° 62, p. 100. Cet auteur relevait toutefois que « le problème n'avait pas été soulevé et s'apparente

conséquences néfastes de l'automaticité doivent être tempérées dans la mesure où il s'agit d'une « *conséquence logique* »¹⁶⁶² de l'extinction du « premier » contrat : cette extinction peut être discutée, le juge pouvant apprécier si les conditions de la mise en œuvre de la sortie sont remplies et si le titulaire de la faculté a agi avec la bonne foi requise ; mais, une fois constatée la licéité de cette sortie, on peut considérer que cela constitue un motif objectif de radiation, laquelle peut alors être automatique¹⁶⁶³, puisque le maintien de la qualité de sociétaire implique le maintien du premier contrat. On ne voit pas bien dans ce cas, en effet, quelle discussion pourrait utilement avoir lieu entre le futur ex-sociétaire et l'organe chargé de prononcer sa radiation.

797. Ensuite, la notion était classiquement présentée comme un mécanisme qui n'entraîne pas la remise en cause du passé contractuel : la caducité agit pour le futur¹⁶⁶⁴. Or, l'absence d'effet rétroactif peut conduire à une solution injuste et inopportune lorsque le retrait de l'ensemble contractuel implique un effacement de certains de ses effets produits par le passé. C'est cependant, encore une fois nous semble-t-il, ajouter des difficultés qui n'ont pas lieu d'être : on peut ici transposer le débat sur l'effet rétroactif de la résolution. Il est ainsi possible d'admettre la qualification de *caducité* comme mécanisme d'extinction de l'ensemble contractuel – plus précisément de ses composantes –, en ce que cela ne s'apparente pas à une résolution – considérée comme sanction de l'inexécution – et en ce que son intervention semble enfermée dans un domaine particulier – l'anéantissement en cascade. Comme a pu l'écrire un auteur, « *la caducité apparaît très séduisante dans la mesure où elle permet de traduire l'idée que le contrat doit disparaître, non parce qu'il est lui-même atteint d'un vice ou parce qu'il n'a pas été exécuté, mais tout simplement parce que l'anéantissement du premier contrat l'a privé de toute utilité* »¹⁶⁶⁵. La terminologie ne doit pourtant pas tromper : il s'agit encore et toujours de sortir d'une relation à cause d'une perte d'intérêt, ni plus, ni moins¹⁶⁶⁶ ; et

plus en réalité à l'étude du régime de l'indivisibilité ». Mais la question nous semble, depuis, avoir été posée : v. Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, *Bull. civ.*, I, n° 254 ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 572, note P. RUBELLIN ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 25, obs. R. MORTIER ; *JCP éd. E* 2009, 1767, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER. La Cour de cassation, à cette occasion – qui concernait les mêmes parties que l'arrêt précédent –, n'a pas remis en cause sa solution antérieure.

¹⁶⁶¹ S. AMRANI-MEKKI, *art. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁶² *Ibid.*

¹⁶⁶³ *Cf. supra.*

¹⁶⁶⁴ V. par ex. Y. BUFFELAN-LANORE, *op. cit.*, p. 159 et s. ; F. GARRON, *op. cit.*, n° 221 et s. ; C. PELLETIER, *op. cit.*, n° 305 et s.

¹⁶⁶⁵ S. PELLE, *op. cit.*, n° 432, p. 397.

¹⁶⁶⁶ On peut d'ailleurs relever, significativement, que l'on nomme volontiers « clause de résiliation » une clause offrant une faculté de sortie à un contractant en cas de cessation d'un autre contrat de l'ensemble.

ce processus implique, parfois, la remise en cause du passé. Il serait regrettable, alors que le droit positif est en passe de trouver un mécanisme satisfaisant, d'à nouveau établir des frontières purement formalistes et étanches entre des mécanismes concourant à la réalisation d'un même but ; car cela force ensuite une différence de régime, laquelle nourrira en retour la distinction qui est à son origine... La jurisprudence ne s'y trompe plus, d'ailleurs, admettant que la caducité peut entraîner un retour en arrière¹⁶⁶⁷. Cela a été décidé, certes, pour le cas de contrats à exécution instantanée, mais il ne devrait pas en être autrement à chaque fois que des avantages ont été consentis en raison de la durée prévue, par hypothèse abrégée.

798. Dans l'attente d'un régime satisfaisant au mieux les divers objectifs, les parties sont encore une fois invitées, si elles le peuvent et si elles désirent garder une certaine maîtrise sur les effets de la sortie, à prévoir des stipulations en ce sens.

§2 Les clauses d'indivisibilité entre les contrats¹⁶⁶⁸

799. Il s'agit, assez simplement, des clauses établissant un lien indivisible – au sens que l'on vient d'apercevoir – entre plusieurs contrats. Il nous semble alors que l'on peut distinguer, *grosso modo*, deux types de stipulations : celles qui instituent une indivisibilité générale et abstraite entre plusieurs contrats et celles qui n'instituent une indivisibilité que de manière incidente, à travers la prévision d'une faculté de sortir du contrat en cas d'extinction d'un autre contrat. Cette dernière clause est alors une variété de clause de résiliation¹⁶⁶⁹. Étant bien entendu que ces stipulations peuvent être prévues dans une même clause au sein de l'*instrumentum* : il est ainsi fréquent que la clause

¹⁶⁶⁷ V. Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006, précité : la caducité du contrat de vente du fait de la résiliation du contrat de location avec lequel il formait un ensemble indivisible, entraîne une remise en cause du passé, « l'acquéreur devant restituer le bien vendu et le vendeur son prix, sauf à diminuer celui-ci d'une indemnité correspondant à la dépréciation subie par la chose en raison de l'utilisation que l'acquéreur en a faite et à tenir compte du préjudice subi par l'acquéreur par suite de l'anéantissement de cet ensemble contractuel ». V. ég. l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui prévoit que « la caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement » (article 1131, al. 2). V. encore R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, Étude de droit civil, op. cit.*, n° 428 et s.

¹⁶⁶⁸ V. en dernier lieu J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *op. cit.*, V° Clause de divisibilité et d'indivisibilité par J. HEINICH., n° 457 et s., p. 271 et s. ; W. DROSS, *Clausier*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2011, V° Indivisibilité des contrats, p. 344 et s. ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle, op. cit.*, par ex. n° 1319, p. 524 et n° 1337, p. 531.

¹⁶⁶⁹ Cf. *supra*.

stipule, à titre liminaire, l'indivisibilité entre plusieurs contrats, avant de prévoir, plus précisément, que l'extinction de l'un des contrats entraînera celle des autres¹⁶⁷⁰.

800. L'intérêt de cette clause est évident : créer un lien qui en principe n'existe point ; mais cet intérêt premier s'efface au fur et à mesure de l'élaboration d'un régime stable des ensembles contractuels. C'est alors un intérêt second qui apparaît : éviter les aléas de la jurisprudence en ce domaine et fournir, donc, un fort indice d'indivisibilité. Enfin, comme pour toute clause de sortie, c'est encore la prévision précise des modalités et des effets du mécanisme qui peut être intéressante : éventuelles formalités – information, préavis ou indemnité –, éventuelle rétroactivité – au moyen d'une obligation d'indemniser ou prévue de manière plus précise.

801. La validité de ces clauses n'est pas véritablement discutée. Tout au plus exige-t-on, en droit du travail, que la clause soit « *justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but poursuivi* » et que « *la poursuite du second contrat de travail [soit] rendue impossible par la rupture du premier* »¹⁶⁷¹. Ce qui revient, en définitive, à prouver l'existence d'un lien indivisible : c'est l'efficacité, à travers la privation de tout intérêt, qui est affectée¹⁶⁷². En effet, la jurisprudence décide qu'une telle stipulation ne peut provoquer la rupture du contrat de travail de plein droit, en application de l'article L. 1231-1 du Code du travail prohibant la renonciation anticipée du salarié à se prévaloir des règles du licenciement¹⁶⁷³. Les exigences du licenciement doivent donc être observées à l'égard du second contrat, de telle sorte qu'une cause réelle et sérieuse doit exister, laquelle sera établie en même temps que l'indivisibilité.

802. Il reste que la position récemment adoptée par la chambre mixte de la Cour de cassation, qui a décidé de réputer non écrites les stipulations inconciliables avec l'interdépendance des « *contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière* »¹⁶⁷⁴, risque d'avoir des conséquences sur la validité de la clause créant une indivisibilité. Si c'est bien l'incohérence des parties, considérée de manière abstraite, qu'a entendu sanctionner la Cour régulatrice, il ne devrait pas en aller autrement lorsqu'elles ont décidé d'insérer une clause qui semble

¹⁶⁷⁰ Pour un exemple, v. W. DROSS, *op. cit.*, pp. 349-350.

¹⁶⁷¹ Cass. soc., 12 juill. 2005, *Bull. civ.*, V, n° 244 ; *D.* 2006, p. 344, note J. MOULY ; *RTD civ.* 2006, p. 308, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁶⁷² W. DROSS, *op. cit.*, p. 349.

¹⁶⁷³ Cass. soc., 18 nov. 1998, *Bull. civ.*, V, n° 496 ; *D.* 1999, p. 443, note J. MOULY.

¹⁶⁷⁴ Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, précités.

inconciliable avec l'indépendance des contrats conclus. Ou alors, et l'idée n'est peut être pas si saugrenue, la contradiction ne serait-elle sanctionnée – au nom d'un certain rééquilibrage – que lorsqu'elle conduirait à voir perdurer un contrat devenu inutile pour l'une des parties. L'incohérence serait en quelque sorte appréciée – et le rééquilibrage opéré – de manière plus concrète, c'est-à-dire au regard de cet objectif non révélé de protéger un contractant contre l'exécution d'obligations désormais dépourvues d'intérêt. En ce cas, la prévision de l'extinction d'un contrat à la suite de celle d'un autre avec lequel il n'entretient pas de liens d'interdépendance ne serait pas sanctionnée.

803. Dans l'attente de décisions de nature à valider ou invalider ces prévisions, il faut enfin relever que l'efficacité d'une clause d'indivisibilité pourrait être remise en cause en cas de mauvaise foi du contractant, ou en raison de la situation du cocontractant. Mais il s'agit là de considérations applicables à l'ensemble des clauses qui nous occupent et qu'il convient à présent d'aborder.

Conclusion du Chapitre 1

804. La sortie anticipée réussie est donc celle qui provoque l'extinction des obligations principales du contrat. Cela ne veut pas dire, cependant, que tout le contenu du contrat n'y survivra pas : certaines obligations ont vocation à se maintenir, ayant souvent pour objet, précisément, d'organiser la situation post-contractuelle. Ce n'est pas dire, non plus, que la sortie ne doit affecter que le seul contrat contenant la clause ; car, comme on vient de le voir, il ne saurait parfois y avoir de sortie satisfaisante sans considération de l'ensemble dans lequel s'inscrit le contrat. La faculté de sortie atteindra le contrat, dont l'extinction atteindra elle-même l'ensemble ; et ce, en raison de l'objectif même du sortant qui, au delà du moyen utilisé et au vu de sa perte d'intérêt, poursuit le retrait utile du support juridique de l'opération économique.

805. C'est ce même objectif qui conduit à ce que la sortie, en plus de la remise en cause matérielle de l'engagement, implique un traitement temporel du contrat ou de l'ensemble. C'est alors la distinction entre la résolution – en principe *rétroactive* – et la résiliation – réputée agir *pour le futur seulement* – qui perd encore de sa pertinence : en raison de la fonction des clauses de sortie et de leur nature, les effets ne peuvent dépendre d'une distinction terminologique construite sur une opposition creuse. Au terme de

l'étude des effets de la sortie anticipée réussie, nous pouvons en proposer un début de définition : la sortie réussie est celle qui assure un retrait utile du support juridique de l'opération économique en agissant matériellement et temporellement sur son contenu.

806. À l'inverse, la sortie manquée ne produira pas un tel effet et il nous faut maintenant savoir, afin d'affiner la définition avancée, pourquoi et comment elle impacte le contrat.

Chapitre 2 Les effets de la sortie anticipée « manquée »

807. Les interrogations qui guidaient l'étude de la sortie réussie doivent être reportées ici. Essentiellement, on doit comprendre ce qu'est une sortie « manquée » et quelles en sont les conséquences. À ce titre, on commencera par s'expliquer sur le choix des termes : si nous avons décidé d'opposer la sortie *réussie* à celle qui est *manquée*, employant ainsi une terminologie peu juridique, c'est pour les vertus d'une présentation que nous voulons pragmatique ; ainsi, la réussite consiste en tout ce qui n'est pas manqué et qui va produire les effets dégagés ci-avant, alors que la sortie manquée est celle qui pêche sur un point. On pourrait alors objecter d'emblée que l'on ne parle de rien d'autre que de l'exercice *licite* ou *illicite* d'une prérogative, de telle sorte que ces termes, qui renvoient à une construction juridique davantage balisée, auraient pu être employés. En réalité, cependant, le choix de l'adjectif « réussie » s'explique par opposition à celui de « manquée », lequel ne pouvait être utilement remplacé par « illicite » ou même « fautif ».

808. C'est qu'en effet, la sortie « manquée » ne se réduit pas à la seule sortie qui serait fautive, pour la simple et bonne raison qu'il est des sorties qui ne peuvent produire l'effet escompté sans qu'une faute du titulaire ne soit à l'origine de cette situation. Considérant cette opposition, nous traiterons alors la question en envisageant les atteintes à l'efficacité du mécanisme en raison de la faute du sortant (**SECTION 1**), avant de voir celles justifiées par la situation du cocontractant (**SECTION 2**).

SECTION 1 Les atteintes à l'efficacité en raison de la faute du titulaire

809. Le terme de « faute » permet aisément de comprendre qu'il s'agit ici de traiter des atteintes à l'efficacité du mécanisme trouvant leur origine dans le fait illicite de son titulaire. Nous sommes ainsi conscients que certaines hypothèses n'entrent pas dans ce cadre – comme dans le suivant –, tout en ne relevant point non plus de ce que l'on a nommé « sortie réussie ». Ainsi de la renonciation du contractant à mettre en œuvre le mécanisme, à laquelle ne correspond aucune faute et dont les effets – ou plutôt leur absence – ne peuvent pas plus s'expliquer par la situation du cocontractant. Il s'agit d'une décision licite du titulaire de ne pas se prévaloir de la clause, laquelle doit être dénuée de

toute ambiguïté¹⁶⁷⁵. Ainsi encore de la force majeure qui peut conduire à l'extinction. D'autres hypothèses pourraient encore être relevées¹⁶⁷⁶.

810. Nous nous contenterons donc ici d'aborder la « sortie fautive ». Mais ce fait, en pratique, peut bien évidemment varier. Autrement dit, cela désigne un ensemble d'hypothèses pouvant s'avérer bien différentes dont on exclura d'emblée deux situations. Tout d'abord, la faute qui consisterait en une *disproportion* de la mesure – la sortie – au regard de l'événement : il n'est jamais question d'apprécier l'opportunité de la sortie¹⁶⁷⁷, sous peine de priver la stipulation de toute utilité. Le juge du contrat n'a pas ce pouvoir et reste soumis sur ce point aux prévisions des parties qui ont objectivement lié certains effets de droit à la survenance d'un événement. Ensuite, la faute du titulaire antérieure à la sortie mais dont va pouvoir se servir le cocontractant pour opposer une exception d'inexécution éventuellement justificative de son manquement¹⁶⁷⁸, n'est pas une faute dans la sortie à proprement parler. Mais bien d'autres fautes peuvent être relevées à cette occasion. C'est pourquoi il convient, avant d'envisager sa sanction (§2), de déterminer quelle peut être la nature de la faute – entendue largement – dont le candidat à la sortie s'est rendu coupable (§1).

§1 La détermination de la faute du titulaire ou le contrôle de la mise en œuvre

811. On peut légitimement se poser la question : à qui revient-il d'opérer cette détermination ? Comment même envisager la détermination d'une faute, ou de tout autre fait juridique, alors que l'utilité des clauses qui nous occupent réside en partie dans l'absence de recours au juge ? C'est qu'en réalité, si la décision de sortie peut être prise

¹⁶⁷⁵ Cela suppose, à la lecture de la jurisprudence, qu'un acte positif soit accompli par le titulaire et que cet acte soit incompatible avec l'idée de sortie. C'est pourquoi le simple écoulement du temps « *ne peut caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir des effets de la clause résolutoire* » : Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 2008, *Bull. civ.*, III, n° 53 ; *RTD civ.* 2008, p. 688, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁶⁷⁶ La perte de la faculté peut en effet également découler de la cession du contrat contenant la clause à la suite de la survenance de l'événement. Si l'atteinte à l'efficacité de la sortie a bien pour origine un fait du « sortant », qui a désiré céder sa position, cela n'est *a priori* pas constitutif d'une faute.

¹⁶⁷⁷ V., plus réservé, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 578, p. 453 et s. L'auteur, à propos essentiellement de l'exclusion d'un sociétaire pour motif disciplinaire en vertu d'une clause des statuts, relève que la jurisprudence ne se limite pas forcément à l'examen de l'*existence* des motifs de l'acte unilatéral – de sortie – et opère parfois un certain contrôle sur la *valeur* de ces motifs. L'hypothèse reste selon nous relativement exceptionnelle et peut s'expliquer par la rédaction de la clause d'exclusion pour motif disciplinaire.

¹⁶⁷⁸ Il arrive en effet souvent que le cocontractant, face à la mise en œuvre par son titulaire d'une clause résolutoire, invoque l'inexécution préalable de ce dernier pour justifier la sienne. Le jeu de l'imputabilité des fautes aura lieu à condition que le juge soit saisi de la question avant que la clause n'ait joué : Cass. 3^{ème} civ., 18 janv. 2006, *Bull. civ.*, III, n° 18.

par un contractant mettant seul en œuvre une clause, il reste que la possibilité de saisir le juge demeure, voire s'impose : le titulaire aura souvent besoin de son truchement pour l'exécution de la sortie¹⁶⁷⁹, lorsque le cocontractant ne s'y plie pas spontanément¹⁶⁸⁰ ; et ce dernier, encore plus souvent, pourra venir critiquer la sortie mise en œuvre, spontanément ou en réponse à l'action du sortant. À cette occasion le contrôle de la sortie est opéré¹⁶⁸¹ et un jeu d'imputabilité des fautes a forcément lieu.

812. S'il n'est pas pour autant question d'apprécier l'opportunité de la sortie, cela permet tout de même d'observer que les comportements susceptibles de rendre fautif l'exercice de la faculté de sortie peuvent être regroupés au sein de trois catégories que nous envisagerons donc successivement : le non-respect des modalités de la sortie (**A.**), la mise en œuvre de mauvaise foi de la faculté (**B.**) et son exercice sans droit (**C.**).

A. Le non-respect des modalités de sortie

813. Nous avons vu les principales modalités qui peuvent – doivent parfois – venir encadrer l'exercice de la faculté contractuelle de sortie¹⁶⁸² : information du cocontractant, qui se traduit concrètement par l'observation de certaines formalités et d'un délai de prévenance avant l'effectivité de la sortie, et, souvent, paiement d'un prix à ce même cocontractant pour l'exercice de la sortie, ou au sortant dans certains cas. Si nous ne les avons pas traités directement, on sait également qu'il peut en exister d'autres : période pendant laquelle la sortie peut être exercée ou respect d'une durée minimale d'engagement, par exemple. Puisque le principe est celui de la liberté contractuelle, c'est n'est guère que l'imagination des parties qui peut ici constituer une limite.

814. Nul besoin, en conséquence, de longs développements : le manquement du titulaire consiste ici dans le non-respect de l'une de ces modalités, qu'elle soit prévue par la loi ou les contractants eux-mêmes. Le sortant commet tout simplement une faute en ne respectant pas les prescriptions contractuelles ayant trait à la sortie¹⁶⁸³. On rappellera,

¹⁶⁷⁹ Il s'agira essentiellement d'assurer certaines restitutions à la suite de l'extinction, comme une expulsion d'un bien immeuble ou la remise d'un bien meuble. Certaines sommes peuvent également être dues au titre de la nécessaire liquidation de la relation.

¹⁶⁸⁰ V., pour la clause résolutoire, C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 254 et s., p. 258 et s.

¹⁶⁸¹ V. pour une approche de la matière sous l'angle de l'acte unilatéral, par référence au droit public, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, spéc. n° 440 et s., p. 359 et s.

¹⁶⁸² Cf. *supra*.

¹⁶⁸³ Rappr. Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 98 ; *RTD civ.* 2001, p. 584, obs. J. MESTRE et B. FAGES. L'affaire concernait la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée contenant une clause prévoyant, notamment, le respect de formalités pour la notification de la volonté de sortir. La Cour censure

simplement, quelques points importants. Ainsi, tout d'abord, le non-respect du préavis est entendu de manière large : il peut s'agir de l'inobservation frontale de la prévision contractuelle du délai, du non-respect de l'obligation générale d'avoir à observer un délai de prévenance lorsque le contrat n'en prévoit point alors que la situation le justifie, de l'observation d'un délai insuffisant au regard de la relation passée, fût-il conforme à la lettre du contrat, ou, encore, du respect simplement apparent d'un délai satisfaisant en lui-même. Ensuite, le non-respect de l'éventuelle obligation d'avoir à verser une somme peut, suivant la rédaction du contrat, constituer une « simple » faute dans la mise en œuvre de la faculté – qui aura tout de même pu produire son effet essentiel – ou, cela est alors plus gênant, conduire à l'absence d'un élément nécessaire à l'existence même du droit de sortie : dans ce dernier cas, on atteint l'hypothèse de l'exercice sans droit de la faculté¹⁶⁸⁴ ; situation que nous aborderons après avoir présenté la sortie mise en œuvre de mauvaise foi.

B. La mauvaise foi dans la mise en œuvre de la clause de sortie

815. L'opportunité de la sortie ne saurait être discutée, certes, mais la faculté ne peut pour autant être exercée dans des conditions faisant ressortir un comportement ne relevant pas de la bonne foi que l'on est en droit d'attendre de tout contractant. Les exemples en jurisprudence de ce contrôle ne manquent pas, essentiellement à propos de la clause résolutoire, mais également concernant les autres clauses de sortie¹⁶⁸⁵.

816. La mauvaise foi dans la mise en œuvre d'une faculté prévue par les parties est une notion bien connue – à tout le moins utilisée – du droit des contrats français : elle n'est, en définitive, que l'une des composantes de la mauvaise foi qui peut animer tout contractant dans l'exécution du contrat, attitude sanctionnée par l'alinéa 3 de l'article

les juges du fond qui avaient considéré la rupture comme abusive en raison de l'absence de motifs « *après avoir constaté que les conditions de forme avaient été respectées* ». Comme le relèvent alors les annotateurs, « *c'est affirmer a contrario que ces conditions de formes constituent, sinon la seule, du moins une exigence essentielle dont la méconnaissance peut entraîner la responsabilité du résiliant* » (J. MESTRE et B. FAGES, obs. précitées, *in fine*).

¹⁶⁸⁴ Il en ira de même en cas de non-respect d'une durée minimale d'engagement – période pendant laquelle la faculté de sortie ne peut être mise en œuvre – ou de sortie en dehors d'une période que le contrat aura prévue pour son exercice.

¹⁶⁸⁵ V. ainsi, en matière de clause de résiliation, Com. 14 janv. 1997 ; *Defrénois* 1997, p. 744, obs. D. MAZEAUD ; *D. Affaires* 1997, p. 274 ; *RTD civ.* 1997, p. 427, obs. J. MESTRE. Cet arrêt censure, à juste titre selon nous, la position des juges du fond qui avait apprécié l'opportunité de la résiliation : CA Paris, 25 janv. 1995, *Bull. Joly sociétés* 1995, p. 413, note A. COURET ; *RTD civ.* 1996, p. 158, obs. J. MESTRE. Rapp. Cass. com., 2 juill. 1991, *RJDA* 1991, n° 70 ; *RTD civ.* 1992, p. 92, obs. J. MESTRE.,

1134 du Code civil¹⁶⁸⁶ : « si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de la bonne foi, par application de l'article 1134 du Code civil »¹⁶⁸⁷. L'intérêt d'en traiter ici ne doit donc pas être cherché dans la teneur abstraite de cette notion générale, question à laquelle nous ne saurions répondre¹⁶⁸⁸, mais plus concrètement dans les différentes apparences qu'elle peut revêtir, en pratique, lorsqu'elle anime le contractant qui sort en usant d'une faculté offerte par le contrat. À ce titre, tout d'abord, nous rappellerons l'opportunité de placer sous l'égide de l'exigence de bonne foi contractuelle une certaine *obligation renforcée de motiver* l'acte de rupture¹⁶⁸⁹ : lorsque l'événement prévu par la clause de sortie renferme un risque d'arbitraire du fait, essentiellement, que c'est le titulaire qui dispose des éléments pour établir la réalité de sa survenance, il ne serait pas choquant de lui imposer, en vertu de la bonne foi, de les transmettre à son cocontractant, afin que ce dernier puisse s'assurer quelque peu de la légitimité de la sortie sans avoir à saisir le juge¹⁶⁹⁰.

817. Au delà, et dans l'attente, nous constatons que la mauvaise foi peut consister, tout d'abord, en l'incohérence du titulaire de la clause de sortie (**1.**) ; elle peut, ensuite, prendre les traits d'une manipulation du hasard (**2.**).

1. L'incohérence du sortant

818. L'incohérence¹⁶⁹¹ est le caractère de ce qui n'est pas cohérent, « ce qui manque de lien logique, d'unité »¹⁶⁹², dans les actes notamment. Il a pour synonyme

¹⁶⁸⁶ J. MESTRE, *RTD civ.* 1985, p. 164.

¹⁶⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1956, *Bull. civ.*, I, n° 133.

¹⁶⁸⁸ Sur laquelle v. not., parmi une abondante littérature, Y. PICOD, *le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibl. dr. priv. T. 208, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. Mestre ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 1205 et s., p. 891 et s. ; M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, préf. J. Mestre, spéc. n° 535 et s., p. 595 et s. ; G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, *RTD civ.* 1945, p. 75 ; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, p. 603 et s.

¹⁶⁸⁹ Il faut ici entendre par « motivation » le fait de porter à la connaissance de l'autre les motifs et non la réalité de leur existence. V. en ce sens R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 416 et s., p. 340 et s. L'obligation renforcée consisterait alors en l'énonciation des motifs et en la transmission d'un minimum d'éléments justificatifs de leur existence.

¹⁶⁹⁰ Cf. *supra*.

¹⁶⁹¹ V. not., sur le thème de l'incohérence, B. FAGES, *op. cit.*, spéc. n° 592 et s. ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.* et, plus récemment, *Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence*, *JCP éd. G* 2009, n° 47, 463 ; D. MAZEAUD, *art. cit.*, *passim* ; J. MESTRE, *l'exigence de cohérence*, *RJ com.* 2011, n° 3, p. 211. Contrairement à M. Houtcieff, ce dernier n'est pas favorable à l'émergence d'un principe général de cohérence qui trouverait à s'appliquer au travers, suivant le premier, d'un devoir de ne pas se contredire. Surtout, M. Houtcieff (*op. cit.*, spéc. n° 935 et s., p. 717 et s. et n° 1202 et s., p. 889 et s.) distingue le devoir d'agir cohéremment de l'exigence de bonne foi : l'appréciation de la bonne foi d'un contractant,

« contradiction ». Le contractant sortant qui fait preuve d'incohérence en mettant en œuvre une clause de sortie est alors celui qui adopte un comportement, au regard de la situation contractuelle et de ladite faculté, qui manque de lien avec son attitude passée ; il se *contredit* dans ses actes. Encore convient-il de préciser que ce n'est pas le simple changement d'avis qui doit être sanctionné¹⁶⁹³. Comme l'écrit un auteur autorisé, « le principe nous paraît devoir être la liberté pour chacun d'adapter sa position dans le temps, sa liberté d'évoluer, de changer d'avis, et la cohérence ne doit être, à partir de là, que la source d'une exception à un principe de liberté »¹⁶⁹⁴. La liberté doit demeurer et ainsi permettre à un contractant de changer d'avis ; ce sont alors, plus précisément, les circonstances dans lesquelles a lieu la volte-face qui témoignent de la contradiction sanctionnable : « la brusquerie et la légèreté sont les oripeaux factuels de la contradiction juridique »¹⁶⁹⁵.

819. Le traitement judiciaire de la mise en œuvre de la clause résolutoire ne manque pas d'exemples de sanction de la contradiction et une décision rendue le 8 avril 1987 par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation¹⁶⁹⁶ fait à cet égard figure d'exemple. L'affaire concernait la mise en œuvre d'une clause résolutoire incluse dans un contrat de vente, consenti avec réserve d'usufruit au profit du vendeur et de son épouse, et prévoyant le paiement par les acquéreurs d'un prix comptant et d'une rente viagère. Au décès du vendeur, intervenu plus de dix ans après la vente, la veuve mit en demeure les acquéreurs de verser la rente ; en effet, celle-ci n'avait jamais été réglée. Un litige

classiquement appréhendée, nécessite en principe une appréciation morale ; or il est clair que la jurisprudence, visant volontiers le manquement à la bonne foi – voire l'abus de droit – pour caractériser une contradiction illicite, s'attache plutôt désormais à des considérations bien plus objectives pour déceler la mauvaise foi qui doit être sanctionnée – existence de deux attitudes différentes se succédant dans le temps à la suite d'un brusque changement d'avis (v. ég. en ce sens P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, op. cit., n° 219, p. 196). Voire, lorsqu'une analyse des éléments subjectifs est opérée, elle porte davantage sur le cocontractant qui a pu nourrir, du fait de l'attitude de son partenaire, une *croissance légitime*. En cela, « le principe de cohérence possède l'art du déguisement » (D. HOUTCIEFF, op. cit., p. 88). Il est vrai, alors, que la « récupération » d'une certaine exigence de cohérence par la notion de bonne foi participe de son objectivation et la rend « vague » sous l'effet d'une dilatation que l'on ne saurait nier. Mais force est de constater que la jurisprudence continue de viser le manquement à la bonne foi, laquelle notion a peut-être trouvé à évoluer opportunément, c'est-à-dire en cohérence avec les mouvements affectant le contrat. Rapp., estimant en définitive que le « « principe de cohérence » n'est – pour l'instant du moins – qu'un aspect particulier de l'exigence de bonne foi », P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Litec – Dalloz, 2011, p. 61 et s., spéc. n° 20, p. 84.

¹⁶⁹² *Le Petit Robert* 2012, V° Incohérence.

¹⁶⁹³ D. HOUTCIEFF, op. cit., n° 904, pp. 699-700.

¹⁶⁹⁴ J. MESTRE, art. cit., p. 234.

¹⁶⁹⁵ D. HOUTCIEFF, op. cit., n° 905, p. 700.

¹⁶⁹⁶ Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987, *Bull. civ.*, III, n° 88 ; *JCP éd. G* 1987, II, 21037, note Y. PICOD ; *Defrénois* 1988, art. 34202, p. 376, note J.-L. AUBERT.

s'ensuivit, au cours duquel les juges du fond estimèrent que la veuve avait abusé de son droit en agissant de la sorte. Un pourvoi fut formé à l'encontre de cette décision. En vain, la Cour de cassation approuvant la décision de la Cour d'appel ayant retenu « *qu'en s'abstenant de réclamer pendant plus de dix ans la rente aux débirentiers, [le crédirentier], puis après le décès de celui-ci, sa femme, les deux époux ayant des relations particulières d'affection avec [la veuve], avaient accrédité chez [les débirentiers] la conviction que la rente ne leur serait jamais réclamée* » ; ainsi, « *le brusque changement de comportement de [la veuve], seulement dû à des dissensions dans le ménage de la fille de [la débirentière], avait constitué une situation imprévisible pour les débirentiers, empêchés de se mettre en règle dans le délai prévu* » ; de telle sorte que « *la clause résolutoire n'avait pas été invoquée de bonne foi* », ce qui justifia que son jeu fût paralysé. Cette solution a depuis été confirmée plusieurs fois¹⁶⁹⁷.

820. Ce raisonnement ne saurait être limité à la seule clause résolutoire¹⁶⁹⁸ : le titulaire d'une faculté de sortie susceptible d'être mise en œuvre – l'événement conditionnant son exercice étant survenu – doit être prévenu : il ne saurait tolérer pendant une certaine durée l'existence d'une raison qui justifierait parfaitement qu'il mette en œuvre la faculté¹⁶⁹⁹, tout en faisant naître une croyance de stabilité chez son cocontractant – en exigeant, par exemple, des investissements de son cocontractant malgré la réalisation de l'événement connue de tous –, pour, ensuite, changer d'avis subitement et se prévaloir de la clause de sortie, au détriment du cocontractant¹⁷⁰⁰. Si le changement d'avis doit demeurer permis, il ne doit pas être *brusque*, imprévisible, et il ne faut point que l'attitude antérieure¹⁷⁰¹ ait légitimement conduit le partenaire contractuel à *croire en la stabilité du lien* malgré la survenance de l'événement. Le titulaire doit donc tout de même être

¹⁶⁹⁷ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 57 ; *D.* 1995, somm. comm., p. 230, obs. D. MAZEAUD et jur., p. 389, note C. JAMIN. Cass. 1^{ère} civ., 16 févr. 1999 ; *Bull. civ.*, I, n° 52 ; *Defrénois* 2000, art. 37107, note D. MAZEAUD ;

¹⁶⁹⁸ Rapp., concernant la mise en œuvre de la clause de déchéance du terme, C. PRIETO, *Événements affectant la personne de la société contractante, in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 81 et s., spéc. n° 27, p. 102.

¹⁶⁹⁹ Il ne le pourra d'ailleurs pas si le contrat prévoit que la faculté de sortie doit être exercée dans un certain délai une fois l'événement survenu.

¹⁷⁰⁰ V., sur l'évident rapport de cette jurisprudence avec la théorie de l'*estoppel* et plus particulièrement du *quasi estoppel*, doctrine équitable : D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, spéc. n° 954 et s., p. 728 et s. ; H. MUIR WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel, in Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303 et s.

¹⁷⁰¹ Laquelle attitude, si les hypothèses se ressemblent, ne doit toutefois pas être confondue avec la renonciation à ce prévaloir de la faculté (*cf. supra*). Si cette attitude peut aussi servir dans la démonstration de sa renonciation tacite, la sanction de la mauvaise foi, c'est-à-dire d'une volte-face brusque et imprévisible, ne nécessite pas la démonstration d'une renonciation.

autorisé à démontrer que sa « tolérance »¹⁷⁰² de l'événement durant une certaine période ne préjuge pas sa mauvaise foi dans l'exercice postérieur de la faculté qui lui est offerte. Le candidat à la sortie gagnera alors à prendre soin de ne pas entretenir chez son cocontractant une croyance en la stabilité en évitant toute attitude génératrice d'un tel espoir. L'établissement de traces écrites témoignant de son état d'esprit à ce dernier doit être encouragée.

2. La manipulation du hasard

821. Si certains voient dans les situations que nous qualifions de « manipulation du hasard » une nouvelle entorse à un certain devoir de cohérence¹⁷⁰³, la nature retenue des clauses de sortie nous conduit naturellement à aborder la question sous l'angle choisi. Il reste vrai, néanmoins, qu'il est incohérent d'établir des prévisions s'appuyant sur la réalisation hasardeuse d'un événement pour, en cours d'exécution, forcer le destin. Dans ce cadre, il faut envisager successivement l'application de l'article 1178 du Code civil (a.), avant de généraliser la solution qu'il contient (b.).

a. *L'article 1178 du Code civil ou la sanction de la mauvaise foi* « dans le microcosme de la théorie de la condition »¹⁷⁰⁴

822. Nous avons déjà abordé cette question au titre de la qualification de condition des clauses de sortie : lorsque la clause de sortie, compte tenu de sa rédaction – c'est-à-dire de la nature de l'événement choisi –, renferme un risque d'arbitraire, il conviendrait de pouvoir contrôler les circonstances de sa mise en œuvre afin de s'assurer que la survenance de l'événement n'est pas le fait de son titulaire. Le cas échéant, il serait juste d'appliquer la sanction originale de l'article 1178, adaptée à la nature résolutoire de la modalité¹⁷⁰⁵ : la condition devrait être réputée non accomplie, le sortant se trouvant alors

¹⁷⁰² Sans que ce sentiment ne constitue une véritable obligation mise à la charge du contractant titulaire de la prérogative. V. sur ce point D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 892 et s., p. 693 et s.

¹⁷⁰³ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, par ex. p. 828 et s.

¹⁷⁰⁴ L'expression est de M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 338, p. 245. V. ég. en ce sens J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?*, in C. JAMIN ET D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99 et s. ; P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat*, *art. cit.*, spéc. n° 19, p. 81.

¹⁷⁰⁵ Si le mécanisme correcteur n'a expressément été prévu que pour la seule condition suspensive, il n'y a aucune raison de ne pas l'étendre à la condition résolutoire. V. en ce sens O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, *op. cit.*, n° 176 et s., p. 58 ; M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, *op. cit.*, n° 565 et s., p. 430 et s. Si la jurisprudence est rare à ce propos, on peut toutefois citer un arrêt de la Cour de cassation admettant implicitement l'application de cet article à la condition résolutoire : Cass. 1^{ère} civ., 28 janv. 1987, n° 85-10.147, *inédit*. V. déjà CA Bruxelles, 1^{er} mai

privé de l'exercice de la faculté. Par ce mécanisme, la sortie est considérée comme opérée sans droit.

823. Des traces du contrôle de la loyauté du contractant débiteur de l'obligation conditionnelle existe en jurisprudence, comme en témoignent les arrêts relevant, à l'occasion d'un contentieux portant sur la validité d'une clause de résiliation ou de déchéance du terme¹⁷⁰⁶, que cette dernière en l'occurrence « *n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles* »¹⁷⁰⁷. Mais on a également vu que la nature de ce contrôle n'était pas totalement assumée, dans la mesure où il est bien souvent fondé sur l'article 1174 du Code civil et s'appuie sur la distinction des conditions purement et simplement potestatives. Si, au final, le résultat peut apparaître identique, en ce sens que l'on parvient à une paralysie de la clause¹⁷⁰⁸, il reste que le débat gagnerait en clarté et en sécurité en adoptant un fondement adéquat. Dans l'attente, on peut toujours observer que la jurisprudence recourt à l'exigence générale de bonne foi pour sanctionner les manipulations du titulaire de la faculté.

b. L'exclusion, par l'exigence générale de bonne foi, de la manipulation du hasard

824. Sans même faire ouvertement appel à la théorie de la condition, on peut trouver des décisions sanctionnant le titulaire de la clause de sortie ayant provoqué l'événement qu'elle vise. Ainsi est-il fréquent, en matière de prêt conclu entre un salarié et son employeur, que ce dernier soit empêché de se prévaloir de la clause de déchéance du terme prévue en cas de cessation des fonctions du salarié au sein de l'entreprise lorsqu'il a provoqué de manière illicite le départ du salarié¹⁷⁰⁹. La motivation d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, confirmant la décision des juges du fond ayant écarté le jeu de la clause en rejetant le pourvoi fondé sur l'article 1134 du Code civil, mérite d'être reproduite : « *attendu qu'ayant constaté que le contrat de prêt conclu le 20 avril 1993 entre l'employeur et la salariée contenait une clause de déchéance du terme prévoyant le remboursement du prêt dans l'hypothèse où le débiteur cesserait*

1871, *Pasicrisie* 1871, 2, p. 403, cité par J.-J. TAISNE, *Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition*, JurisClasseur Civil Code, art. 1175 à 1180, n° 67.

¹⁷⁰⁶ V. surtout Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, *Bull. civ.*, I, n° 112 ; *RTD civ.* 1985, p. 381, obs. J. MESTRE (clause de déchéance du terme) et Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *Bull. civ.*, I, n° 257 ; *RTD civ.* 2002, p. 97, n° 9, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2002, art. 37486-8, p. 251, note R. LIBCHABER ; *JCP éd. G* 2002, I, 134, obs. J. ROCHFELD ; *D.* 2002, p. 2839, obs. D. MAZEAUD (clause de résiliation).

¹⁷⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, précité.

¹⁷⁰⁸ V. par exemple CA Poitiers, 9 mars 1994, *JurisData* n° 1994-050746 (nullité de la seule clause de déchéance du terme jugée potestative).

¹⁷⁰⁹ Cf. *supra*.

d'occuper pour quelque raison et à quelque titre que ce soit toute fonction dans la société prêteuse, c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel a décidé qu'en égard au caractère abusif du licenciement, l'employeur ne pouvait s'en prévaloir ; que le moyen n'est pas fondé »¹⁷¹⁰. Cette décision doit être approuvée, bien que l'on puisse toujours regretter qu'elle ne soit pas fondée sur les dispositions relatives à la condition affectant l'obligation du prêteur d'observer la durée prévue pour le remboursement.

825. Il convient encore de citer les décisions sanctionnant le créancier mettant en œuvre une clause résolutoire alors qu'il est directement à l'origine de l'inexécution dont il se prévaut : doit être débouté de sa demande en constatation de la résiliation le bailleur ayant, par son attitude, conduit à l'inexécution reprochée au locataire, soit qu'il s'est abstenu délibérément de délivrer les quittances des loyers payés, ce qui est directement à l'origine du retard de paiement par le locataire, ainsi empêché d'obtenir les allocations logements auxquelles il a droit¹⁷¹¹, soit encore que sa carence dans l'entretien de l'immeuble est à l'origine de la défaillance postérieure du preneur¹⁷¹². Un auteur voit alors dans ces hypothèses une inexistence du droit de résoudre, puisqu'il manque pour son octroi une inexécution imputable au débiteur, tout en reconnaissant qu'il convient de caractériser la déloyauté du créancier en sanctionnant sa mauvaise foi¹⁷¹³. Nous ne pouvons souscrire pleinement à cette présentation, en raison de notre position sur l'imputabilité de l'inexécution au débiteur¹⁷¹⁴, mais, au final, il faut admettre que le résultat est identique : la faculté est paralysée, cette situation étant difficile à distinguer de celle de l'absence de faculté.

826. Plus qu'une exigence générale qui viendrait parfois supplanter un mécanisme spécialement élaboré que l'on refuse de citer, la nécessité d'agir de bonne foi au regard de la faculté de sortie permet de traiter des cas qui ne s'inscrivent guère dans la théorie de la condition. Nous pensons ici aux mécanismes d'exclusion d'un associé lorsqu'ils

¹⁷¹⁰ Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 96-45.138, *inédit*. V. encore dans le même sens CA Grenoble, 15 déc. 1999, *JurisData* n° 1999-117555 ; CA Paris, 25 janv. 2001, *JurisData* n° 2001-138995 ; CA Montpellier, 2 févr. 2005, *JurisData* n° 2005-281914 ; CA Paris, 14 sept. 2007, *JurisData* n° 2007-342001. Rappr. Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 1991, *Bull. civ.*, III, n° 163 ; *RTD civ.* 1992, p. 92, note J. MESTRE.

¹⁷¹¹ CA Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 515, note Y. PICOD ; *RTD civ.* 1992, p. 92, obs. J. MESTRE. Les juges relèvent « le brusque changement de comportement processuel du bailleur ».

¹⁷¹² Cass. 3^{ème} civ., 27 mai 1987, *Bull. civ.*, III, n° 108 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, pan. jurispr., p. 212 ; *JCP éd. G* 1987, IV, 261.

¹⁷¹³ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, *op. cit.*, n° 179, pp. 192-193.

¹⁷¹⁴ Cf. *supra*.

consistent en une promesse de vente dont l'option peut être levée en cas de survenance d'un événement qui peut être à la maîtrise du bénéficiaire¹⁷¹⁵. Alors que l'on a vu qu'il n'y a pas réellement, dans ce cas, de condition résolutoire, il peut tout de même exister un risque d'arbitraire, de manipulation du hasard par le titulaire de la faculté. Un arrêt rendu le 15 mai 2008 par la Cour d'appel de Versailles¹⁷¹⁶ esquisse assez bien ce que pourrait être ce contrôle de la bonne foi. En l'espèce, un associé évincé remettait en cause la validité d'une promesse de cession de ses titres en cas de départ volontaire de celui-ci, sachant que les parties assimilaient à ce départ toute cessation de ses fonctions au sein de l'entreprise et la commission d'actes de concurrence déloyale. L'option d'achat avait été levée par l'associé bénéficiaire à la suite du licenciement de l'associé promettant, intervenu en raison de sa revendication de la propriété d'un logiciel et des conséquences néfastes que cette revendication avait eu sur la société. La Cour, répondant à l'argumentation du promettant développée sur le fondement de l'article 1174 du Code civil, prend alors soin de relever « *que de tels faits délictuels doivent être établis, pour ne pas encourir le grief de « condition potestative* ». Elle décide, par la suite, que « *des faits délictuels assimilables à des actes de concurrence déloyale sont établis par des décisions judiciaires, ce qui justifie qu'il soit jugé que la condition suspensive s'est réalisée* ».

827. Si, dans cette affaire, il est question de la *validité* d'une condition suspensive, la démarche doit être maintenue pour l'examen de *l'efficacité* de tout mécanisme de sortie – qu'il renferme la stipulation d'une condition ou non – contenant un risque d'arbitraire : le cocontractant décelant une manipulation du titulaire de la faculté doit être autorisé à remettre en cause sa mise en œuvre ; et, le cas échéant, la manipulation doit être sanctionnée, comme contraire à l'exigence de bonne foi.

828. Plusieurs situations semblent s'écarter quelque peu de ce « schéma classique » de la manipulation sanctionnable ; pour autant, on ne peut s'empêcher d'y voir une forme d'obstacle au libre jeu du hasard. N'est-ce-pas cela qui est stigmatisée lorsque la jurisprudence condamne le créancier ayant mis en demeure son débiteur de s'exécuter pendant une période de vacances, sachant pertinemment que son cocontractant ne pourra pas s'exécuter dans le délai¹⁷¹⁷ ? Peut-on soutenir qu'il ne s'agit point là, non pas exactement de provoquer l'inexécution, mais bien de provoquer l'événement ouvrant

¹⁷¹⁵ Cf. *supra*.

¹⁷¹⁶ CA Versailles, 15 mai 2008, RG n° 07/02259

¹⁷¹⁷ V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 16 oct. 1973, *Bull. civ.*, III, n° 529. - Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1976, *Bull. civ.*, III, n° 465 ; *RTD civ.* 1977, p. 340, obs. G. CORNU.

droit à la mise en œuvre de la faculté, c'est-à-dire la persistance de l'inexécution au delà du délai prévu par les parties ?

829. Ne pourrait-on pas repousser encore les limites du contrôle de la manipulation sur le fondement de l'exigence de bonne foi ? Plus précisément, on peut être tenté d'entendre largement l'idée de faire obstacle au déroulement normal des choses : à chaque fois que le sortant aura usé de l'arbitraire contenu dans la clause, ne doit-on pas considérer qu'il existe une forme de manipulation sanctionnable ? Ainsi du cas, relativement fréquent, du créancier s'emparant d'une inexécution minimale, parce que la rédaction de la clause le lui permet, pour se débarrasser nonchalamment d'un contrat dont il ne veut plus : au moins un auteur a pu évoquer l'existence d'une potestativité illicite en ce cas. Ces propos méritent d'être rapportés : la nullité de la clause résolutoire « *pourrait éventuellement tenir, pourquoi pas, à la stipulation d'une résolution de plein droit en cas d'inexécution tellement insignifiante qu'elle recouvrirait en réalité un pouvoir discrétionnaire d'une partie de se dégager du contrat. On serait alors très proche de la nullité des conditions résolutoires purement potestatives* »¹⁷¹⁸. Nous avons pris une position différente concernant la sanction de la potestativité illicite et le jeu de la nullité à cette occasion¹⁷¹⁹ – qui, selon le Code civil, ne saurait d'ailleurs être celle de la clause –, mais l'essentiel était bien de relever l'existence d'un risque d'arbitraire.

830. Il est vrai, pourtant, que la frontière deviendrait extrêmement mince entre le pouvoir du juge d'apprécier l'opportunité de la résolution, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, et celui qui le conduit à apprécier les circonstances de la mise en œuvre d'une clause, sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du même code. On serait donc davantage en présence d'un véritable *pouvoir modérateur* du juge, à l'image de celui dont il dispose concernant la mise en œuvre d'une clause pénale, et que certains appellent d'ailleurs de leurs vœux par une réforme légale¹⁷²⁰. Le juge écarterait la sanction – faculté de résoudre –, pourtant valablement prévue¹⁷²¹, si elle devait apparaître

¹⁷¹⁸ L. LEVENEUR, obs sous Cass. com., 14 déc. 2004, in *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 61. Rapp. ég. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 347, p. 251.

¹⁷¹⁹ Cf. *supra*.

¹⁷²⁰ V. en ce sens F. OSMAN, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit*, *Deffrénois* 1993, art. 35433, p. 65 et s., spéc. n° 20 et s. A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2012, n° 397, p. 285.

¹⁷²¹ Sauf à considérer qu'il s'agit d'une condition résolutoire potestative illicite. Ce peut d'ailleurs être le point de départ d'une réflexion tendant à éviter que le créancier ne se dégage des liens contractuels pour une raison « insignifiante », tant au regard du contenu contractuel que de l'opération poursuivie dont il est le support.

manifestement excessive au regard de l'inexécution alléguée ; et ce pouvoir peut légitimement inquiéter en ce qu'il viendrait, en définitive, ruiner la spécificité de la clause résolutoire¹⁷²² : comment mettre une correcte limite à l'appréciation de l'opportunité de la résolution ? La réflexion a pour point de départ une hypothèse particulière, à savoir la mise en œuvre d'une clause résolutoire pour une *inexécution minimale* ; comment, alors, limiter le pouvoir du juge à cette situation, sans quoi il n'y aurait plus guère d'intérêt à prévoir une clause permettant la sortie de plein droit ? Qu'est-ce donc qu'une inexécution « minimale » ? Il est à craindre que l'on s'oriente vers d'interminables discussions afin d'établir une distinction entre la mise en œuvre dont le juge peut contrôler l'opportunité et celle pour laquelle son rôle est limité à la vérification de la réalisation de l'événement et à l'absence de mauvaise foi du sortant. On voit donc bien, d'un point de vue tant pratique que théorique, que l'application d'un tel mécanisme modérateur ne serait pas aisée ; alors même que le bénéfice risque d'être réduit, puisque l'injustice frappant le débiteur de bonne foi, à qui l'on reproche un manquement non significatif, sera reporté sur les épaules du créancier qui pourrait voir sa prévision, qu'on ne peut préjuger illégitime, neutralisée. C'est pourquoi un auteur propose plutôt « *de généraliser la solution retenue par l'article 25 du décret de 1953 à l'ensemble des contrats* »¹⁷²³, devenu l'article L. 145-41 du Code de commerce et autorisant le juge à accorder au débiteur des délais, quand bien même la clause résolutoire serait déjà acquise¹⁷²⁴. Le mal peut apparaître moindre, puisqu'il ne s'agit « que » d'accorder un délai supplémentaire au débiteur, mais il demeure pour nous excessif d'immiscer le juge dans des hypothèses d'inexécution qui ne seraient pas minimales ; ce qui implique donc que l'on distingue suivant la teneur de l'inexécution et l'on en revient alors à l'écueil ci-avant évoqué...

831. Pour ces raisons, la clause résolutoire, et *a fortiori* toutes les autres clauses de sortie, doivent rester de véritables *clauses*, normes privées tenant leur force de l'accord des parties et auquel le juge ne doit être associé que de manière exceptionnelle, essentiellement lorsqu'il s'agit d'exécuter la sortie, ce qui passe par un contrôle de la bonne foi du titulaire, mais, également, par le constat que l'événement conditionnant l'exercice de la faculté est bien survenu.

¹⁷²² C. PAULIN, *op. cit.*, n° 281, pp. 280-281

¹⁷²³ *Ibid.*

¹⁷²⁴ *Cf. infra.*

C. L'exercice sans droit de la faculté

832. Point de contrôle de l'opportunité donc, puisqu'il s'agit de l'un des intérêts des clauses de sortie et que cela conduirait à une immixtion du juge non souhaitée. Mais il faudra tout de même, si la question lui est posée, qu'il vérifie que le droit de se prévaloir de la faculté institué est bien acquis ; et il arrive parfois, effectivement, que le titulaire ait agi sans droit. La situation peut être simplement présentée : le titulaire de la clause aura entendu s'en prévaloir alors même que l'événement visé n'est pas survenu. Encore une fois, cependant, cela recouvre des hypothèses diverses et souvent complexes.

833. Le cocontractant du titulaire d'une clause de sortie peut estimer que l'événement dont se prévaut le créancier n'est pas survenu ou n'est pas pris en compte par la stipulation. C'est dire, essentiellement en matière de clause résolutoire, que le juge doit contrôler, d'une part, l'existence d'une obligation qui serait inexécutée et, d'autre part, « déterminer si l'infraction reprochée au débiteur entre ou non dans les prévisions de la clause résolutoire »¹⁷²⁵. On rejoint alors le problème de sa rédaction et l'interprétation restrictive qu'en fait généralement la jurisprudence¹⁷²⁶. Par ailleurs, cela conduit souvent le juge à interpréter la volonté des parties : ont-elle voulu que pèse, sur le débiteur, telle obligation qu'il aurait méconnue¹⁷²⁷ ? Le juge récupère ainsi indirectement, a-t-on pu dire, un certain pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la mesure¹⁷²⁸.

834. Ces remarques valent cependant pour toutes les sortes d'événements : un contractant ne saurait se prévaloir d'une clause de résiliation *lato sensu* alors que l'événement visé n'est pas survenu ou, autrement dit, l'événement survenu n'est pas visé par la stipulation. La jurisprudence est rare mais l'on en donnera tout de même pour exemple une affaire ayant donné lieu à une décision de la Cour d'appel de Paris¹⁷²⁹. Il était en l'espèce question d'un contrat de concession conclu entre deux sociétés et prévoyant, notamment, que le concédant pourra résilier l'accord, sans avoir à observer de délai de préavis, « en cas de modification importante dans la répartition du capital de la

¹⁷²⁵ C. PAULIN, *op. cit.*, n° 277, p. 276. V. encore récemment Cass. 3^{ème} civ., 15 sept. 2010, *Bull. civ.*, III, n° 157 ; *RDC* 2011, p. 173, obs. J.-B. SEUBE : « la résiliation de plein droit d'un bail commercial par application de la clause résolutoire implique un manquement aux obligations expressément visées dans ce bail ».

¹⁷²⁶ Cf. *supra*.

¹⁷²⁷ V. par ex., examinant l'intention des parties quant au contenu d'une obligation visée par la clause, Cass., 3^{ème} civ., 30 nov. 1971, *Bull. civ.*, III, n° 585.

¹⁷²⁸ En ce sens v. P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 890, pp. 467-468.

¹⁷²⁹ CA Paris, 20 févr. 1998, *RJDA* 1998, n° 580.

société, de changement dans la personnalité soit de l'un des associés de la société possédant une part notable du capital, soit de l'un des dirigeants effectifs, administrateurs, gérants ou principaux responsables »¹⁷³⁰. À la suite de la cession par le concessionnaire de l'une de ses filiales à une autre société, le concédant cru bon de se prévaloir de ladite stipulation. Son cocontractant lui reprocha en justice sa sortie, critiquant la légitimité de sa décision ; à raison selon la Cour d'appel, puisque, d'une part, la cession litigieuse n'avait entraîné aucune modification de la répartition du capital social de la société concessionnaire et que, d'autre part, le dirigeant avait été maintenu dans ses fonctions. Surabondamment, les juges relevèrent que la cession de la filiale n'avait aucune influence sur l'exécution du contrat et qu'en outre, le concédant avait rompu le contrat deux jours seulement après avoir été informé de l'événement.

§2 La sanction de la sortie fautive

835. Classiquement, serait-on tenté de dire, on doit envisager plusieurs types de sanctions pouvant venir frapper, en théorie, le sortant qui a commis une faute dans la mise en œuvre de la clause : la privation d'effets de sa décision, tout d'abord, apparaît comme la sanction évidente, quasi-naturelle, d'une prérogative mal mise en œuvre, d'un acte unilatéral de sortie irrégulier (*A.*). Il ne faut pas, pour autant, perdre de vue qu'en pratique la solution judiciaire dépendra également de la volonté du cocontractant lors du contentieux : celui-ci peut, légitimement, ne plus vouloir du contrat alors même que l'inefficacité totale de la sortie pourrait être poursuivie. Par ailleurs, certaines irrégularités n'ouvrent droit qu'à l'octroi d'une indemnisation. C'est pourquoi la résolution du contrat aux torts du sortant et l'octroi de dommages et intérêts au cocontractant doivent également être envisagés (*B.*).

A. La privation d'effets de la sortie

836. La jurisprudence offre de nombreux exemples de privation d'effets de la sortie tenant soit à la mauvaise foi du sortant (*1.*), soit à l'irrégularité de l'acte unilatéral de sortie (*2.*) ou au non-respect d'un délai de préavis suffisant (*3.*).

¹⁷³⁰ Sur ce type de clauses, *Cf. supra.*

1. *L'interdiction de se prévaloir de la clause mise en œuvre de mauvaise foi*

837. La neutralisation des effets d'une stipulation mise en œuvre de mauvaise foi est susceptible de toucher tout type de clause de sortie¹⁷³¹. Une nouvelle fois, cependant, la clause résolutoire – ou plus largement la stipulation permettant la sortie en cas d'inexécution – est le support le plus fertile pour la réflexion : la jurisprudence, constante, sanctionne le créancier ayant agi de mauvaise foi en le privant du droit de se prévaloir de la prérogative.

838. C'est ainsi que la Cour de cassation décide régulièrement de confirmer la position des juges du fond refusant de constater la sortie par l'effet de la stipulation¹⁷³². Cela ressort sans ambiguïté de la motivation d'un arrêt précité¹⁷³³, rendu dans une affaire concernant une clause de déchéance du terme, insérée dans un contrat de prêt entre un employeur et son salarié, mise en œuvre par le premier après avoir licencié abusivement le second : « *c'est par une interprétation nécessaire, exclusive de dénaturation, que la cour d'appel a décidé qu'eu égard au caractère abusif du licenciement, l'employeur ne pouvait s'en prévaloir ; que le moyen n'est pas fondé* ». La Haute Cour a encore eu l'occasion, dans un attendu de principe au visa de l'article 1134, alinéa 3, d'affirmer clairement « *qu'aux termes de ce texte, les conventions doivent être exécutées de bonne foi ; qu'une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier* »¹⁷³⁴. Pas « d'acquisition » de la clause, impossibilité de s'en « prévaloir », la sanction apparaît claire : il s'agit de priver le titulaire des effets de la stipulation qu'il a mise en œuvre de mauvaise foi.

839. Bien que cette sanction soit devenue « classique », pour ainsi dire, elle ne laisse pas de surprendre ; en effet, nul fondement ne nous semble pouvoir expliquer de façon évidente cette position, surtout pas, *a priori*, l'article 1134 du Code civil si l'on veut bien considérer son premier alinéa. L'alinéa troisième, au demeurant, ne prévoit aucune sanction spécifique. Il n'y a guère que l'article 1178 du Code civil qui renferme

¹⁷³¹ En ce sens, v. C. CHABAS, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Résolution – Résiliation, spéc. n° 340 : « *On le sait, le jeu de la clause résolutoire est paralysé par la mauvaise foi de celui qui l'invoque [...]. Une solution identique s'impose en matière de clause de résiliation unilatérale* ».

¹⁷³² V. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 27 mai 1987, précité.

¹⁷³³ Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 96-45.138, inédit.

¹⁷³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1995, précité.

un tel mécanisme¹⁷³⁵. Le rapprochement – voire l’assimilation – est d’ailleurs inévitable et nous semble renforcer la qualification de condition, modalité pour laquelle est prévue cette disposition dont l’intérêt, loin de résider dans la nature de la faute sanctionnée – n’est-il pas évident, de manière générale, que l’on ne saurait provoquer ce qui doit être soumis au hasard ? –, se trouve dans la nature de la sanction.

840. La question est légitime parce qu’après tout, en ces espèces, une clause a été valablement stipulée, l’événement est bien survenu et la prérogative a été mise en œuvre ; même en considérant la question sous le seul angle de l’acte unilatéral de sortie, on ne voit pas bien quelle est cette irrégularité qui devrait conduire à faire fi de son existence. Car c’est bien de cela dont il s’agit : il existe mais doit être privé d’effet. Ce n’est pas dire qu’aucune responsabilité ne saurait être encourue par le cocontractant de mauvaise foi, bien entendu, c’est simplement se demander pourquoi cela ne se résout pas en dommages et intérêts. Le phénomène a attiré l’attention de la doctrine, qui s’intéresse à la sanction du manquement à la bonne foi dans le contrat, en général, et à la déloyauté du titulaire d’une prérogative contractuelle en particulier ; lequel intérêt a repris de la vigueur à la suite d’un arrêt remarqué du 10 juillet 2007¹⁷³⁶.

841. Plusieurs lectures de la jurisprudence sont ainsi proposées pour expliquer la solution adoptée à l’égard du sortant de mauvaise foi, que l’on s’accorde tout de même à qualifier génériquement d’*inefficacité*. Monsieur le Professeur Stoffel-Munck envisage ainsi l’inefficacité d’un droit ou d’une prérogative¹⁷³⁷, quand Monsieur le Professeur Houtcief traite de l’inefficacité du comportement contradictoire¹⁷³⁸. Monsieur le Professeur Ancel écrit quant à lui à ce propos que « *la sanction apparaît alors sous la forme d’une inefficacité de l’acte ou du comportement contraire à la bonne foi : cet acte ou ce comportement n’aura pas les conséquences qui lui auraient été attachées par le*

¹⁷³⁵ V. not. en ce sens P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois*, RJT 45-1 (2011), p. 89 et s., spéc. p. 107.

¹⁷³⁶ Cass. com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 966 ; *D.* 2007, AJ, p. 1955, note X. DELPECH ; *D.* 2007, jur., p. 1844, note P.-Y. GAUTIER ; *D.* 2007, jur., p. 2839, note P. STOFFEL-MUNCK ; *Dr. et patr.* 2007, n° 94, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *JCP éd. G* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *Deffrénois* 2007, p. 1454, note E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2007, p. 773, obs. B. Fages ; ; *RDC* 2007, p. 1107, obs. L. AYNES ; *ibid.*, p. 1110, obs. D. MAZEAUD. *Adde*, H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008, n° 164.

¹⁷³⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *L’abus dans le contrat, Essai d’une théorie*, *op. cit.*, spéc. n° 313 et s, p. 266 et s. V. ég. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l’article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, *Bibl. dr. priv.* T. 460, LGDJ, 2006, préf. D. Ferrier, avant-propos C. Atias et R. Cabrillac, n° 209, p. 203, qui parle d’inefficacité de « *l’exécution réalisée en méconnaissance de la bonne foi* ».

¹⁷³⁸ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 740 et s.

contrat si le contractant avait été de bonne foi »¹⁷³⁹. La solution ne s'apparente à aucune forme d'exécution forcée consécutive à un cas de *nullité* : ce vice ne permet pas, en effet, d'expliquer la neutralisation, puisque les conditions de formation de l'acte unilatéral de sortie sont objectivement réalisées, l'événement étant bien survenu et les éventuelles modalités étant dans ces hypothèses respectées. On ne peut non plus y voir une application, même spécifique, de la réparation en nature due par le contractant s'étant rendu coupable d'une faute dans son exécution¹⁷⁴⁰ ; non pas, de nouveau, qu'aucune faute ne puisse être relevée à son encontre, mais parce que cela ne « *correspond absolument pas au raisonnement suivi par les juges dans les hypothèses analysées* »¹⁷⁴¹. C'est qu'en effet, aucune faute contractuelle n'est relevée par les tribunaux et cours, pas plus qu'un préjudice qui en serait la conséquence et qu'il conviendrait, alors, de réparer en nature par un maintien forcé du contrat¹⁷⁴².

842. Une *inefficacité*, certes, mais quel est, encore une fois, son fondement ? Sur ce point, les auteurs ne s'accordent guère. Un auteur, partisan de la distinction de la force obligatoire du contrat et de son contenu obligationnel¹⁷⁴³, y voit la sanction du non-respect de la première : l'auteur reconnaît, tout d'abord, que la bonne foi a un aspect obligationnel¹⁷⁴⁴, en ce que son inobservation peut conduire à une responsabilité contractuelle – condamnation au paiement de dommages et intérêts, résolution du contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil – ; mais il précise ensuite, à propos de la privation d'effets d'une prérogative, qu'« *il faut, pour comprendre l'inefficacité, en faire abstraction et se placer directement sur le terrain de la force obligatoire* ». La référence qu'est le contrat pour les parties et pour le juge « *ne joue qu'éclairée par l'exigence de bonne foi [...]. D'une certaine manière, on peut dire que toutes les clauses du contrat doivent se lire comme comportant la stipulation implicite « conformément à la bonne*

¹⁷³⁹ P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat*, art. cit., n° 18, p. 80.

¹⁷⁴⁰ En ce sens, v. P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 326, p. 275 : « *l'affirmation du caractère systématiquement rédhibitoire de la mauvaise foi, éloigne l'analyse de l'idée de réparation en nature* ».

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, 21, p. 84.

¹⁷⁴² V. *contra* A. MARAIS, *Le maintien forcé du contrat par le juge*, PA 2 oct. 2002, p. 7 et s.

¹⁷⁴³ V. en premier lieu P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTD civ. 1999, p. 771 et s. ; v. ensuite, du même auteur, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat*, art. cit.

¹⁷⁴⁴ *Contra* : P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, spéc. n° 272 et s., p. 236 et s., qui considère que le respect de la bonne foi par le contractant relève d'un devoir social général, une espèce de norme extérieure au contrat, et ne peut donc prendre la forme d'une obligation contractuelle. Si un manquement peut être source de responsabilité, cela devrait être sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et conduire exclusivement à l'octroi de dommages et intérêt et non à une exécution forcée ou à une résolution judiciaire. Comp. ég. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, spéc. n° 302, p. 222, qui, quant à lui, n'y voit rien d'autre que la force obligatoire du contrat dont la violation suffit à justifier la résolution du contrat.

foi »¹⁷⁴⁵. Dans ce cadre, la mise en œuvre de mauvaise foi d'une prérogative contractuelle va à l'encontre de la force obligatoire du contrat et l'inefficacité trouve alors bien son fondement dans l'article 1134 du Code civil dont on ne saurait dissocier le premier et le dernier alinéa.

843. La tentation est également assez forte d'y voir, si l'on sort la réflexion du cadre contractuel, une forme d'irrecevabilité procédurale : la demande du titulaire de la clause, formée devant le juge¹⁷⁴⁶ et tendant à l'exécution de la sortie – constatation de la sortie et liquidation de la relation –, tomberait alors dans le domaine de l'article 122 du Code de procédure civile. Le sortant se verrait opposer une *fin de non-recevoir*. C'est ainsi qu'un auteur développe cette idée selon laquelle « *la notion de fin de non-recevoir fournit une clef à l'énigme de la paralysie des clauses résolutoires dans le cas de leur invocation incohérente* ». Le principe de cohérence consiste alors « *en une interdiction de se contredire au détriment d'autrui, sanctionnée par l'impossibilité de se prévaloir de l'attitude contradictoire fondée sur une irrecevabilité* »¹⁷⁴⁷ ; et il est fort vrai, une fois encore, que le raisonnement de la jurisprudence se rapproche de la doctrine équitable du *promissory estoppel*¹⁷⁴⁸ qui conduit à une impossibilité temporaire de se prévaloir en justice d'un droit. Monsieur le Professeur Atias envisage également le recours à l'article 122 du Code de procédure civile¹⁷⁴⁹, sans appel au droit comparé mais en fondant sa réflexion sur l'idée d'une « *exception de mauvaise foi ou d'indignité* ».

844. Pour autant, la jurisprudence continue de fonder la privation d'effets sur le manquement à l'exigence de bonne foi, sans recours à une quelconque règle de procédure : la question fait systématiquement l'objet d'un examen au fond. La sanction reste donc originale et mystérieuse, à la croisée des exigences contractuelles et procédurales. Bien que cela paraisse artificiel, il nous semble alors que l'explication la plus satisfaisante est à rechercher dans ce point de rencontre : la situation correspond à une forme d'irrecevabilité, mais considérée dans le seul cadre de la procédure

¹⁷⁴⁵ P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat*, art. cit., n° 21, p. 84.

¹⁷⁴⁶ À titre principal ou reconventionnel, suivant que l'auteur de l'action est le titulaire de la prérogative ou le cocontractant critiquant la légitimité de la sortie.

¹⁷⁴⁷ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 987 et n° 88, pp. 748-749.

¹⁷⁴⁸ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, spéc. n° 954 et s., p. 728 et s. ; H. MUIR WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel*, art. cit.

¹⁷⁴⁹ C. ATIAS, *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence Éditeur, 4^{ème} éd., 2008, n° 169 et s., p. 150 et s.

contractuelle que les parties ont entre elles instituée pour la sortie¹⁷⁵⁰. Le juge, ne refusant pas d'examiner la demande au fond, aurait ainsi pour office, une fois déterminée la mauvaise foi, d'indiquer au titulaire qu'il n'est pas recevable à se prévaloir, à l'encontre de son cocontractant, de la survenance de l'événement¹⁷⁵¹.

845. Le recours à la procédure ou à la théorie du *quasi-estoppel* a toutefois un mérite : marquer le caractère temporaire de la privation d'effets ; mais, encore une fois, la jurisprudence a semble-t-il établi un principe en ce sens, sans faire appel aux règles procédurales, lorsqu'elle a affirmé que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »¹⁷⁵². Cette décision donne ainsi un cadre dans lequel doit s'inscrire le mécanisme de paralysie¹⁷⁵³ : le juge ne peut atteindre, par la sanction, le contenu contractuel. Il ne peut toucher à la substance des droits, ce qui exclut que la privation d'effets soit définitive, que la mauvaise foi dans la mise en œuvre de la prérogative conduise à une forme de nullité de la clause l'instituant ; et c'est fort heureux car, par hypothèse, la faculté a été valablement stipulée et pourra alors être mise en œuvre – de bonne foi – ultérieurement, en cas de survenance de l'événement.

846. La distinction ainsi établie entre « les prérogatives »¹⁷⁵⁴, d'une part, et les « la substance des droits et obligations », d'autre part, apparaît séduisante. Concernant notre sujet, en effet, on ne devrait guère hésiter à faire entrer les clauses de sortie dans la première catégorie. La doctrine ne les qualifie d'ailleurs pas autrement¹⁷⁵⁵. Le juge pourra alors sanctionner leur usage déloyal – ce qui du reste ne faisait plus de doute –, mais ne pourra pas, et il s'agit ici d'une limite à la sanction de la mauvaise foi, atteindre la substance du contrat. On peut toutefois regretter, avec la quasi-totalité des auteurs, qu'elle

¹⁷⁵⁰ Rappr. d'ailleurs X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, JCP éd. G 1996, I, 3974, qui analyse la mise en demeure « *comme un élément d'une procédure précontentieuse* ».

¹⁷⁵¹ V. d'ailleurs Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *Bull. civ.*, III, n° 275, qui relève, tout en censurant leur décision, que les juges d'appel avait déclaré qu'un bailleur, ayant agi de mauvaise foi, était « *irrecevable à opposer [au preneur] l'absence de fonds de commerce dans les locaux loués* ». Nous soulignons.

¹⁷⁵² Cass. com., 10 juill. 2007, précité.

¹⁷⁵³ Rappr. P. ANCEL, *art. cit.*, spéc. n° 23 et s., p. 86 et s., qui traite, à la lumière de cette décision, de « *la portée du mécanisme de neutralisation* ».

¹⁷⁵⁴ V. en dernier lieu sur la notion, ou le concept suivant la position adoptée, D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011, p. 644 et s.

¹⁷⁵⁵ V. surtout F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 440, p. 458.

soit « *flottante* »¹⁷⁵⁶, trop abstraite au regard des exigences de la pratique¹⁷⁵⁷, trop poreuse¹⁷⁵⁸ ; mais l'on regrettera peut-être, avant tout, que cette porosité ait doré et déjà pu être constatée. Si rapidement après sa consécration donc, ce qui met au jour la fragilité de la conceptualisation. Dans un arrêt du 9 décembre 2009¹⁷⁵⁹, dont la filiation avec la décision de 2007 ne peut être niée, la Cour est en effet venue censurer les juges du fond qui avaient neutralisé les effets d'une décision prise par un bailleur de mauvaise foi. Celui-ci refusait la cession, décidée par le mandataire désigné en qualité de liquidateur du preneur et autorisée par le juge commissaire, parce que la cession était réservée contractuellement à l'acquéreur du fonds de commerce¹⁷⁶⁰ ; or, il n'existait pas de fonds de commerce en l'espèce puisque les gérants de fait et de droit du preneur ont rapidement été incarcérés après la conclusion du bail portant sur les locaux litigieux, sans avoir eu donc le temps de créer le fonds. La société propriétaire dudit bien saisit la justice aux fins de voir déclarer inopposable à son endroit la cession intervenue, que soit prononcée la résiliation du bail et que soit ordonnée l'expulsion de la locataire et de tout occupant de son chef. Les juges du fond ne firent pas droit à ces demandes : la société propriétaire fut considérée de mauvaise foi parce que son gérant n'était autre que le gérant de fait de la société locataire. Le propriétaire avait donc parfaitement connaissance de la situation, étant par ailleurs établi que celui-ci « *n'avait acquis les locaux objet du bail que pour y installer des cuisines destinées à desservir un local commercial voisin dans lequel la locataire exploitait un restaurant qui en était dépourvu* ». Sa décision de ne pas donner son agrément a donc été neutralisée par la confirmation que la cession lui était opposable et que le contrat ne serait pas résolu.

847. Saisie du pourvoi, la Cour régulatrice décida que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la*

¹⁷⁵⁶ P. ANCEL, *art. cit.*, n° 23, p. 87 : « *on peut soutenir que toutes ces prérogatives accessoires contribuent à configurer l'obligation, à en dessiner la substance, de telle sorte qu'en touchant les premières, le juge modifie inévitablement la seconde* » (*ibid.*).

¹⁷⁵⁷ D. HOUTCIEFF, note précitée sous Cass. com., 10 juill. 2007.

¹⁷⁵⁸ J. BILLEMONT, note sous Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *D.* 2010, p. 476, spéc. n° 6.

¹⁷⁵⁹ Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *Bull. civ.*, III, n° 275 ; *D.* 2010, p. 476, note D. J. BILLEMONT et p. 1103, obs. A.-C. MONGE et F. NESI ; *RJ com.* 2010, n° 2, p. 199, comm. P. GOURDON ; *RDC* 2010, p. 561, note Y.-M. LAITHIER, p. 564, obs. D. MAZEAUD et p. 666, obs. J.-B. SEUBE ; *Deffrénois* 2010, art. 39084, p. 593, note L. RUET ; *RTD civ.* 2010, p. 105, obs. B. FAGES.

¹⁷⁶⁰ Selon l'article L. 145-16 du Code de commerce, sont « *nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise* ». La clause en question est donc valable et implique, *a contrario*, que la cession du bail sans le fonds nécessite l'obtention préalable de l'autorisation expresse du bailleur.

substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ni à s'affranchir des dispositions impératives du statut des baux commerciaux ». C'est dire que les juges du fond ont, notamment, porté atteinte à la substance des droits et obligations. Par où l'on voit bien que la distinction établie en 2007 n'est pas aisée à cerner : ne pouvait-on pas considérer en l'espèce qu'il s'agissait de neutraliser les effets d'une prérogative accordée par une clause, celle limitant la liberté du locataire de céder son droit au bail ? La distinction doit nécessairement être affinée, du moins rendue plus pragmatique.

848. À dire vrai, il n'y avait peut-être pas là de *prérogative*, même dans un sens plus large que celui éventuel qui conduit à la cassation : si elle ne saurait être discrétionnaire, la décision du bailleur de ne pas agréer la cession ne procède qu'indirectement de la stipulation contractuelle, qui se « contente » finalement d'interdire la cession du bail à une autre personne que le repreneur du fonds de commerce. Il apparaît, au vu de ce qu'il nous a été donné d'observer en cette affaire¹⁷⁶¹, qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une clause d'agrément. C'est pourquoi le traitement judiciaire de la mise en œuvre des clauses de sortie ne devrait pas être atteint par cette précision et les nouveaux doutes qui l'accompagnent¹⁷⁶². À tout le moins, dans l'attente d'une décision portant directement sur l'exercice des prérogatives qui nous occupent, souhaitons-nous que le principe établi en 2007 et rappelé en 2009 ne signifie pas que la mauvaise foi n'ouvre droit qu'à des dommages et intérêts¹⁷⁶³, sous peine pour le juge, décidant de la privation d'effets, de porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶¹ Nous n'avons pu nous procurer l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier.

¹⁷⁶² Le communiqué de la Cour sous la décision du 10 juillet 2007 laisse d'ailleurs à penser que la jurisprudence relative à la paralysie de la clause résolutoire ne sera pas remise en cause de ce chef.

¹⁷⁶³ Il est en effet possible d'adopter un autre raisonnement : parce que le juge paralyse définitivement le jeu de la clause, c'est-à-dire qu'elle ne pourra être mise en œuvre qu'en cas de survenance d'un autre événement qu'elle vise, il porte atteinte à la substance des droits et obligations des parties. Il faudrait alors que la paralysie ne soit que temporaire. Rappr. en ce sens A. MARAIS, *Le maintien forcé du contrat par le juge*, art. cit., qui regrette que le créancier soit déchu de son droit et qui préconise l'octroi de délais au débiteur.

¹⁷⁶⁴ V. en ce sens D. PORACCHIA, obs. sous Cass. com., 13 juill. 2010, *Dr et patr.* 2011, p. 82. L'auteur, après avoir relevé à propos de l'espèce commentée (Cf. *infra*) que « l'exigence du respect du contradictoire en cas d'exclusion d'un associé (mais aussi de révocation d'un dirigeant social) ne serait qu'une application du devoir d'exécution de bonne foi requis par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil », précise que « si tel est le cas, la solution adoptée par la Cour peut se justifier dans la mesure où la sanction de la violation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil n'est pas la nullité, la Cour de cassation considérant au contraire que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la

2. La nullité de la décision ou l'irrégularité de l'acte unilatéral de sortie

849. Il n'est plus ici question de traiter des conséquences d'une mise en œuvre de mauvaise foi de la sortie par l'accomplissement d'un acte unilatéral régulier en lui-même. La situation est ici différente : une irrégularité frappe l'acte unilatéral de sortie parce qu'une condition de validité manque, une modalité n'a pas été respectée ; or, « *d'un accord unanime, la nullité est envisagée comme la sanction de la violation des règles de formation d'un acte juridique* ». *L'acte unilatéral, fut-il dans les rapports contractuels, ne devrait pas ici faire exception* »¹⁷⁶⁵. Suite à la nullité de l'acte, la privation d'effets de la sortie constitue une mesure d'exécution forcée¹⁷⁶⁶. En ce sens, la Chambre sociale de la Cour de cassation affirme désormais que « *lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi [...]* »¹⁷⁶⁷.

850. Le non-respect d'une condition de forme dans l'exercice de la sortie prévue contractuellement peut ainsi être sanctionnée par la nullité de la décision prise. Sur ce terrain, il a déjà été décidé que n'était pas valide la convocation d'un membre d'une association à une assemblée, appelée à statuer sur son exclusion, qui ne respecte pas les prescriptions des statuts¹⁷⁶⁸. Le sociétaire avait été destinataire d'un courrier simple, alors que les statuts prévoyaient l'envoi d'une lettre recommandée. La Cour d'appel décida que la formalité n'avait qu'une finalité probatoire, de sorte que la validité de la convocation ne pouvait être remise en cause puisqu'il était rapporté – et non contesté – que le sociétaire avait effectivement participé à ladite assemblée ; position que censura pourtant la Haute Cour en ces termes : « *en se déterminant ainsi, alors [...] que la formalité de la lettre recommandée était une exigence contractuelle [...] la cour d'appel a violé [l'article 1134]* ». En l'espèce donc, les modalités préalables à la prise de décision, conditions de forme de l'exclusion prévues contractuellement, n'ont pas été respectées ; ce qui conduit à la remise en cause de cette décision. Comme le relève un auteur à propos de l'interpellation du débiteur, « *dans ce cas, les parties conviennent d'une condition de*

substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » ». On distinguera toutefois cette hypothèse de celles ici étudiées, dans la mesure où la mauvaise foi dont a fait montre en l'espèce l'organe délibérant – si c'est bien cela dont il s'agit –, n'intervient qu'au stade formel de la notification de la volonté et non dans l'élaboration même de cette volonté.

¹⁷⁶⁵ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, op. cit., n° 583, p. 459. L'auteur cite J. CHEVALLIER, in *Inexistence, nullité et annulabilité*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. 14, 1961-1962, Dalloz, 1965, p. 514.

¹⁷⁶⁶ A. MARAIS, art. cit., loc. cit.

¹⁷⁶⁷ V. Cass. soc., 30 avr. 2003, *Bull. civ.*, V, n° 152 ; D. 2004, p. 178, obs. B. LARDY-PELISSIER ; *Dr. soc.* 2003, p. 827, chr., B. GAURIAU.

¹⁷⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Procédures* 2007, comm. n° 33, obs. R. PERROT.

validité de la mise en demeure tenant à la forme de sa notification, de sorte qu'en cas de manquement, si la mise en demeure est portée à la connaissance du destinataire d'une autre manière, la notification n'est pas valable et ne produit pas d'effet »¹⁷⁶⁹. Autrement dit, la régularité de l'acte unilatéral de sortie doit être appréciée au regard de la norme dans laquelle il s'insère ; et l'acte unilatéral établi dans les rapports contractuels, pour être valable, doit alors satisfaire aux conditions légales éventuellement prévues, certes, mais également aux conditions stipulées au contrat lui-même : « *la formule selon laquelle « la convention tient lieu de loi entre les parties » acquiert ici toute sa portée. On sera donc tenté de dire, dans bien des cas, que le contrat se présente comme une source de légalité pour l'acte unilatéral* »¹⁷⁷⁰.

851. Force est pourtant de constater que la jurisprudence n'est pas homogène, ne traitant manifestement pas la question sous l'angle unitaire de l'acte unilatéral support de la sortie, qui se retrouve en quelque sorte « dilué » dans la nature contractuelle et subjective du contentieux qui se noue entre le sortant et le cocontractant. En matière de bail d'habitation, ainsi, il a déjà été décidé que le non-respect d'un certain formalisme n'entraîne pas pour autant la nullité de l'acte de sortie¹⁷⁷¹. Plus précisément, dans ces espèces, un congé avait été délivré par courrier simple, au mépris donc des dispositions impératives de l'article 15 la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Leur validité a été remise en cause devant la justice, mais les juges ont décidé que la notification était licite, relevant que le cocontractant en avait eu connaissance en temps utile. À l'observation de la différence de traitement entre ces deux irrégularités pourtant proches, nous nous associons à la remarque d'un éminent commentateur, en avouant « *simplement avoir du mal à comprendre pourquoi une exigence contractuelle serait plus impérative qu'une exigence légale* »¹⁷⁷², alors même qu'elles concourent toutes deux à la « légalité » de l'acte unilatéral.

852. Comment, en effet, concilier cette position avec l'affirmation selon laquelle les parties, en prévoyant une certaine modalité tenant à la forme de la notification, envisage une condition de validité de l'acte de sortie ? Car, peut-on lire, la violation d'une telle modalité contractuelle « *ne se résout pas en dommages-intérêts. Les dommages-*

¹⁷⁶⁹ N. CAYROL, *Contrats et obligations, Mise en demeure*, JurisClasseur Civil Code, art. 1136 à 1145, fasc. 60, n° 79.

¹⁷⁷⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *op. cit.*, n° 541, pp. 424-425.

¹⁷⁷¹ V. par ex. CA Nancy, 19 mai 2011, RG n° 09/01398 ; CA Douai, 29 sept. 2011, RG n° 10/06850.

¹⁷⁷² R. PERROT, obs. précitées sous Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006.

intérêts, en effet, sont la sanction du manquement à une obligation contractuelle de faire (C. civ., art. 1142). Or, la stipulation relative à la forme de la notification ne s'analyse pas comme une obligation de faire (de notifier d'une certaine manière), mais comme une condition conventionnelle de validité d'un acte juridique »¹⁷⁷³. À dire vrai, l'affirmation nous paraît excessive dans sa généralité. C'est bien, nous semble-t-il, le régime de l'acte unilatéral réceptice, que constitue l'exercice de la sortie anticipée par notification de la volonté, qui doit guider l'analyse ; mais l'on ne peut négliger pour autant le contexte contractuel dans lequel il s'insère : la modalité prévue, condition de forme en l'espèce, était-elle nécessaire à l'existence même de l'acte unilatéral ? On sait qu'un certain formalisme est imposé en la matière, en ce sens que l'acte unilatéral dont il est question doit être formellement notifié au destinataire pour exister¹⁷⁷⁴. Mais, alors, le non-respect d'une modalité contractuelle de la notification elle-même entraîne-t-elle forcément l'inexistence de l'acte unilatéral de sortie ? La volonté des parties doit être scrutée : ont-elles réellement entendu soumettre la validité de l'acte unilatéral de sortie – autrement dit l'efficacité de la décision du sortant – à une condition de forme ou s'agissait-il pour elles d'une formalité à titre probatoire ? Il n'est pas aisé de répondre à cette question et la jurisprudence est par ailleurs peu fournie. À la lecture de la solution du premier arrêt¹⁷⁷⁵, on est tenté de répondre par l'affirmative. Pourtant, on comprend bien en cette affaire que la notification a rempli son office, à savoir porter à la connaissance du destinataire la déclaration du titulaire de la faculté. La nullité de l'acte ne devrait dans ce cas point être encourue.

853. Il est vrai, cependant, que dans cette espèce s'ajoutait un manquement aux droits de la défense et au principe du contradictoire, exigences particulières à l'exclusion d'un membre d'un groupement¹⁷⁷⁶, puisque le courrier simple ne désignait pas le sociétaire dont l'exclusion allait être décidée, ni les griefs exacts portés à son encontre. Et ce grief, s'il est fondé, est source de nullité de la délibération décidant l'exclusion d'un sociétaire¹⁷⁷⁷ ; alors qu'il en va autrement s'agissant de l'exclusion d'un associé, la décision n'étant pas annulée pour ces motifs mais ouvrant droit à l'octroi de dommages et intérêt pour le préjudice subi. C'est dans ce cas l'esprit du droit des sociétés qui est à

¹⁷⁷³ N. CAYROL, *art. cit., loc. cit.*

¹⁷⁷⁴ V. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, op. cit., spéc. n° 196 et s., p. 188 et s.*

¹⁷⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, précité.

¹⁷⁷⁶ *Cf. supra.*

¹⁷⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Bull. civ.*, I, n° 496.

l'œuvre, tendant à n'annuler les actes et décisions prises par les organes de la personne morale qu'en cas de « violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats »¹⁷⁷⁸. Le régime restrictif des nullités¹⁷⁷⁹ vient ici s'ajouter aux considérations propres à l'acte unilatéral ; et le non-respect d'exigences procédurales pour l'exclusion d'un associé n'est manifestement pas considéré comme une exigence – relevant du droit contractuel ? – conduisant à la nullité¹⁷⁸⁰.

854. Si, comme on l'a vu, le traitement de l'irrégularité formelle de la sortie n'est pas homogène, l'absence d'une condition de fond doit toujours pouvoir conduire à la nullité de la sortie ; c'est dire, essentiellement, que la sortie ne peut produire d'effets si l'événement la conditionnant n'est pas survenu. Il en va ainsi en matière de clause résolutoire : s'il s'avère que l'inexécution n'a en réalité pas eu lieu ou n'est pas visée par la stipulation, sa mise en œuvre ne saurait produire les effets escomptés. Aucune raison ne justifie que la solution soit différente concernant les autres clauses de sortie : il est juste que la stipulation ne produise pas ses effets puisque ceux-ci sont exclusivement attachés à la réalisation de la circonstance autorisant le titulaire à la mettre en œuvre. En toute logique, « qui peut le plus, peut le moins » : si l'on peut priver d'effets une clause mise en œuvre de mauvaise foi alors que l'événement est survenu, *a fortiori* le mécanisme peut être privé d'effets en l'absence de réalisation de l'événement.

855. Un arrêt du 22 octobre 1996¹⁷⁸¹ est toutefois présenté comme un exemple du refus de la jurisprudence de forcer l'exécution d'un contrat auquel il a été irrégulièrement mis fin. En l'espèce, un contrat de transport d'une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction, avait été conclu entre deux entreprises. La société de transport devait effectuer 50 voyages par an pour un prix global forfaitaire payable par fractions après chaque voyage réalisé. Le cocontractant mis unilatéralement fin au contrat au bout de 5 voyages et il faut comprendre des termes du débat qu'il s'agissait d'une sortie anticipée exercée sans droit. La société de transport, semble-t-il, demanda en justice, à titre

¹⁷⁷⁸ Cass. com., 13 juill. 2010, *Bull. civ.*, IV, n° 129 ; *D.* 2010, p. 1868, obs. A. LIENHARD et p. 2880, comm. B. DONDERO ; *Dr et patr.* 2011, p. 82, obs. D. PORACCHIA ; *RTD com.* 2011 p. 727, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET : « la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats et qu'en conséquence l'impossibilité pour l'associé exclu de venir s'expliquer devant l'organe décidant son exclusion n'est pas une cause de nullité de la délibération ayant prononcé l'exclusion ».

¹⁷⁷⁹ B. DONDERO, comm. précitée.

¹⁷⁸⁰ V. en ce sens D. PORACCHIA, obs. précitées.

¹⁷⁸¹ Cass. com. 22 oct. 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 260 ; *D.* 1997, somm. comm., p. 173, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 1997, p. 123, obs. J. MESTRE ; *ibid.*, p. 439, obs. P. JOURDAIN.

d'indemnisation, que le sortant soit condamné à lui verser le reste du prix forfaitaire convenu, soit un montant correspondant à ce qu'il aurait dû percevoir si le contrat était allé jusqu'à son terme. La Chambre commerciale censura la position des juges du fond ayant fait droit à cette demande au motif ciselé « *qu'en statuant ainsi alors que le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en cas d'exécution de la convention, et qu'elle relevait que la société [sortante] avait « résilié le contrat », ce dont il résultait que, sauf existence d'une clause pénale, elle devait fixer le montant des dommages-intérêts dus par la société [sortante] à la société [cocontractante], la cour d'appel a violé [l'article 1184 du Code civil]* ». Manifestement, le montant des dommages et intérêts ne correspond pas forcément au prix global prévu pour le contrat¹⁷⁸². Mais l'on ne devrait pas accorder une autre portée à cette décision, dans la mesure où il ne nous semble pas qu'il ait été ici question d'une véritable nullité de la sortie. Si la Cour régulatrice se place sur le terrain de la responsabilité consécutive à une rupture¹⁷⁸³, c'est peut-être que l'acte de sortie n'a pas été directement attaqué¹⁷⁸⁴. On ne peut donc affirmer sans ambages que cette décision refuse le maintien forcé du contrat, parce qu'il n'apparaît pas qu'il ait été demandé : la mesure sollicitée nous semble correspondre à une réparation par équivalent, dont le montant a été estimé par le cocontractant à la somme qu'il aurait dû percevoir si la durée déterminée avait été respectée¹⁷⁸⁵. On en veut pour preuve qu'il n'est jamais question en cette affaire de la reprise des transports par le demandeur ; or, l'exécution forcée du contrat impliquait ici l'exécution de tous les contractants et non seulement celle du redevable du prix de la prestation.

856. Cela illustre plus certainement le fait qu'il arrive assez souvent que le cocontractant ne désire plus, dans ce cas, poursuivre la relation. Il faut alors envisager la rupture du contrat aux torts du titulaire et la réparation par équivalent du préjudice subi, après avoir abordé la réparation en nature.

3. La réparation en nature du préjudice subi du fait d'une rupture brutale

857. La question de la teneur de la réparation est largement débattue à propos de la rupture brutale, c'est-à-dire de la rupture avec un délai de préavis jugé *insuffisant*. Si ce

¹⁷⁸² V. en ce sens J. MESTRE, obs. précitées sous l'arrêt.

¹⁷⁸³ En ce sens, v. P. JOURDAIN, obs. précitées sous l'arrêt.

¹⁷⁸⁴ Nous n'avons pu nous procurer l'arrêt rendu en cette affaire par la Cour d'appel de Paris.

¹⁷⁸⁵ Cf. *infra*.

point n'a rien de spécifique à notre étude¹⁷⁸⁶, nous ne pouvons faire l'économie de présenter ici les grandes lignes du débat, en formulant le questionnement essentiel en ce domaine : peut-on réparer en nature le préjudice subi par le cocontractant ? Plus précisément encore, est-il possible de maintenir de manière forcée le contrat à titre de réparation de la sortie brutale ? Les auteurs sont divisés. Certains penchent pour l'affirmative, considérant qu'« *en présence d'un abus dans l'exercice du droit de rompre, la prolongation du contrat pourrait être décidée au titre de la réparation en nature du préjudice* »¹⁷⁸⁷. Il a été proposé en ce sens de sanctionner la brusquerie de la rupture « *par une prolongation du contrat pour un temps correspondant au préavis que l'auteur de la rupture aurait dû respecter* »¹⁷⁸⁸. D'autres auteurs sont, au contraire, hostiles quant à l'adoption d'une telle réparation¹⁷⁸⁹.

858. Au soutien de la position des auteurs favorables à un maintien du contrat, on observera que la jurisprudence, témoignant de ce que « *le droit contemporain des contrats exprime une réelle faveur pour ce type de sanction en nature* »¹⁷⁹⁰, offre des exemples de réparation en nature, lesquels ne sont pas passés inaperçus lorsqu'il s'est agi de maintenir le contrat parce que la rupture est considérée comme « abusive », parce que brutale¹⁷⁹¹. Il a même été décidé que pouvait être ordonnée par le juge des référés la poursuite du contrat à titre de mesure conservatoire, en raison du trouble manifestement illicite que constitue une dénonciation « *avec effet de la réception de la présente* »¹⁷⁹² ou parce que les conséquences pour le cocontractant de la dénonciation conduisaient à l'existence d'un

¹⁷⁸⁶ Nous renvoyons le lecteur aux nombreuses études sur le sujet. V. not., sur le maintien forcé du contrat, M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre, n° 238 et s. ; D. MAZEAUD, *Le maintien judiciaire des effets du contrat, sanction de sa rupture unilatérale abusive*, D. 2001, somm. comm., p. 1137 ; A. MARAIS, *Le maintien forcé du contrat par le juge, art. cit.* ; S. AMRANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, Defrénois 2003, p. 369 et s. V. LE BLAN-DELANNOY, *Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ?*, PA 24 janvier 2005, p. 6 et s. ; J. MESTRE, *Rupture abusive et maintien du contrat*, RDC 2005, p. 99 et s. ; A. VAISSIERE, *À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, RLD civ. 2006, n° 29, p. 70 et s. ; J.-M. DO CARMO SILVA, *La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature*, RLD civ. 2007, n° 35, p. 68 et s.

¹⁷⁸⁷ A. MARAIS, *Le maintien forcé du contrat par le juge, art. cit., loc. cit.* V. ég. J. MESTRE, *Rupture abusive et maintien du contrat*, RDC 2005, p. 99 et s.

¹⁷⁸⁸ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre, spéc. n° 271, p. 229.

¹⁷⁸⁹ V. essentiellement J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, op. cit.*, n° 274, p. 333 citant B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, op. cit.*, n° III-98 et s., p. 658 et s. ; P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie, op. cit.*, n° 313 et s., p. 266 et s.

¹⁷⁹⁰ F. BUY, note sous Cass. com., 3 mai 2012, JCP éd. G 2012, n° 764, p. 1263, se référant à l'article de Monsieur le Doyen J. MESTRE, *Rupture abusive et maintien du contrat, art. cit.*

¹⁷⁹¹ V. par ex. Cass. com., 27 avr. 1993, Bull. civ., IV, n° 159 ; Cass. com., 10 nov. 2009, *Contr., conc., consom.* 2010, comm. 93, note N. MATHEY ;

¹⁷⁹² Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

dommage imminent, à condition toutefois qu'un terme certain soit fixé à cette mesure¹⁷⁹³. Puisqu'il est admis que l'on peut réparer en nature un dommage futur sans véritablement considérer l'existence d'une faute, *a fortiori* doit-on admettre la réparation en nature d'un dommage actuel, conséquence d'une faute dans la mise en œuvre d'une prérogative. La jurisprudence la plus récente applique d'ailleurs cette mesure à la rupture brutale de relations commerciales établies¹⁷⁹⁴ : après avoir confirmé la position des juges du fond sur l'existence d'une faute au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, dont s'est rendue coupable une société à l'égard de plusieurs autres, la Chambre commerciale de la Cour de cassation décide que « *la cour d'appel, qui a souverainement constaté l'existence d'un dommage imminent et qui a fixé un terme certain à la mesure de maintien des relations commerciales qu'elle imposait à la société [...] pour remédier à ce dommage, n'a pas porté atteinte au principe de la liberté du commerce et n'a pas excédé le pouvoir que lui confère l'article 873, alinéa 1, du code de procédure civile* ». C'est qu'en cette affaire, de plus, l'assemblée générale de la société sortante avait décidé sa dissolution anticipée et sa liquidation amiable concomitamment à l'exercice de sa sortie ; de telle sorte qu'au jour de l'ordonnance de référé elle n'existait plus – la décision de dissolution n'ayant pas été annulée... par où l'on comprend le pourvoi évoquant la liberté du commerce – pris dans son aspect négatif – ainsi, surtout, que la volonté affirmée de sanctionner énergiquement une déloyauté manifeste, un comportement confinant à la fraude¹⁷⁹⁵. Si cette position semble entamer l'idée que l'on ne saurait imposer la poursuite d'un contrat dont l'une des parties ne veut manifestement plus, argument fort contre la réparation en nature, elle ne répond pas aux questions, légitimes et d'ordre pratique, sur le déroulement des affaires dont la poursuite a été ordonnée : comment, concrètement, vont être exécutés les contrats en l'absence du contractant¹⁷⁹⁶ ?

859. La possibilité d'une réparation en nature ne fait donc que peu de doutes, tout comme la tendance du droit positif à l'employer. Du reste, nous approuvons ces solutions « *raisonnables qui sont de nature à protéger le lien contractuel contre des stratégies*

¹⁷⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, *Contr., conc. consom.*, 2001, comm. 19, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2000, p. 256, note C. JAMIN, M. BILLIAU ; *D.* 2001, p. 1137, note D. MAZEAUD.

¹⁷⁹⁴ Cass. com., 3 mai 2012, n° 10-28.366, *JCP éd. G* 2012, n° 764, p. 1263 note précitée F. BUY.

¹⁷⁹⁵ La Cour de cassation relève bien que « *la cour d'appel, qui a fait ressortir que la dissolution et la liquidation précipitée de la société [sortante] constituaient de sa part une manœuvre délibérée destinée à lui permettre de se soustraire à ses obligations résultant des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, commerce, a pu statuer comme elle a fait* ».

¹⁷⁹⁶ V., se posant la question, F. BUY, note précitée sous l'arrêt.

inadmissibles de rupture »¹⁷⁹⁷ ; mais demeure encore la question sensible de la quantification de la réparation : lorsqu'il s'agit de réparer en nature, on peut envisager de prolonger la relation le temps d'un délai de préavis raisonnable¹⁷⁹⁸ qu'il appartiendra au juge de déterminer¹⁷⁹⁹. La réparation par équivalent conduit aux mêmes questionnements.

B. La rupture aux torts du sortant et la réparation du préjudice subi

860. Peu importe la tare affectant la sortie, il arrivera bien souvent que la poursuite de la relation soit rendue impossible à la suite d'une sortie exercée fautivement. Comme le relève un auteur, « *que devient, en effet, la signification d'un lien contractuel dont l'une des parties ne veut plus ? Que devient la nature du rapport contractuel conclu intuitu personae et reposant sur la confiance entre les parties ? Que devient l'affectio societatis du membre d'un groupement dont un sociétaire serait « réintégré », en conséquence d'une décision judiciaire annulant son exclusion ?* »¹⁸⁰⁰. Le cocontractant pourra alors demander la résolution car, à n'en pas douter, la sortie exercée fautivement peut conduire à cette conséquence sur le fondement de l'article 1184 du Code civil ; et ceci, il est important d'insister, peu importe la nature de la faute, car ce n'est pas la gravité de cette faute qui doit être scrutée par le juge, mais l'inexécution du contrat par le sortant. Le titulaire de la faculté commet en effet un manquement flagrant et complet du contrat en sortant fautivement. Un auteur a ainsi pu relever un certain nombre de décisions où la résolution est prononcée en conséquence de la mauvaise foi du titulaire¹⁸⁰¹. C'est, ensuite, les règles « plus classiques » de la responsabilité contractuelle qui entrent en jeu lorsque le cocontractant demande au juge la résolution suite à l'existence d'une irrégularité frappant l'acte de sortie : libre d'opter pour l'exécution forcée ou la résolution, il peut, pour les raisons précitées, préférer celle-là¹⁸⁰² ; et la résolution du

¹⁷⁹⁷ J. MESTRE, *Rupture abusive et maintien du contrat*, art. cit., in fine.

¹⁷⁹⁸ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *op. cit.*, loc. cit.

¹⁷⁹⁹ Il pourra s'agir du préavis contractuel qui aura été inobservé ou d'un délai arrêté en fonction des usages et de la teneur de la relation si aucun délai n'avait été prévu, ou si le délai contractuel a été jugé lui-même insuffisant.

¹⁸⁰⁰ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels*, *op. cit.*, n° 597, pp. 470-471.

¹⁸⁰¹ V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 295 et s., p. 217 et s. et les références employées.

¹⁸⁰² V. ainsi récemment Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-11735, inédit : « *que, dès lors qu'elle retenait que la société Tramico avait de fait rompu le contrat de distribution exclusive liant les parties, en arrêtant de façon fautive, brutale et définitive, à partir du 15 mars 2004, de fabriquer des articles qui constituaient l'un des objets principaux dudit contrat, la Cour d'appel, qui a relevé le caractère inopérant tant de la dénonciation du contrat le 7 juin 2004 par la société Tramico que de la mise en demeure de payer un arriéré, visant la clause résolutoire, adressée le 1er juillet 2004 par celle-ci à la société Decasport, a, en*

contrat aux torts du sortant pourra s'accompagner de l'octroi de dommages et intérêts, en réparation du préjudice que cause au cocontractant la sortie fautive, dont la fixation est source de difficultés.

861. Nous évacuerons d'emblée le traitement de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, en ce que cela n'a rien de spécifique à notre étude ; nous rappellerons simplement à ce propos que la question est traitée suivant les règles de la responsabilité extracontractuelle¹⁸⁰³. C'est que, est-il soutenu, « *fondamentalement, l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce vise à assurer l'indemnisation des conséquences dommageables d'un acte illicite, indépendamment du contexte contractuel éventuel dans lequel cet acte s'insère. Il est donc logique de voir dans ce texte un cas de responsabilité délictuelle* »¹⁸⁰⁴. Encore que l'on puisse apporter un tempérament, lorsque la sortie est, tout à la fois, brutale au sens de l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce et exercée sans droit ou encore en violation du préavis fixé par le contrat : « *on peut alors penser qu'il y a cumul électif des deux responsabilités contractuelle (de droit commun) et délictuelle (C. com., art. L. 442-6, I, 5°)* »¹⁸⁰⁵. Concernant plus précisément la réparation du préjudice causé par la mise en œuvre d'une clause de sortie, il convient de distinguer suivant qu'il s'agit de remettre en cause la licéité du droit de sortie – la faculté pouvait-elle être mise en œuvre ? – ou de son exercice – la faculté pouvait-elle être mise en œuvre de cette manière ?

862. Tout d'abord, le fondement de la responsabilité du sortant semble s'évanouir dès lors que la brutalité ne relève pas de la disposition légale précitée ; et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de sanctionner la mise en œuvre, non pas d'un droit légal de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée, mais de l'exercice fautif d'une faculté contractuelle de sortie anticipée. Les raisons semblent évidentes : il existe des « *liens*

prononçant la résolution du contrat, à la date du 15 mars 2004, aux torts de la société Tramico, légalement justifié sa décision ».

¹⁸⁰³ V. Cass. 2^{ème} civ., 6 oct. 2005, *Bull. civ.*, II, n° 236 ; *D.* 2005, AJ, p. 2677, obs. E. CHEVRIER ; *JCP éd. G* 2005, IV, 3349 ; *Contr., conc., consom.* 2006, comm. n° 34, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *RJDA* 2005, n° 1390 ; Cass. com., 6 févr. 2007, *Bull. civ.*, IV, n° 21 ; *D.* 2007, p. 653, obs. E. CHEVRIER ; *JCP éd. G*, 2007, II, 10108, note F. MARMOZ ; *RDC* 2007, p. 731, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2007, p. 343, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 13 janv. 2009, *Bull. civ.*, IV, n° 3 ; *RDC* 2009, p. 1053, obs. G. VINEY.

¹⁸⁰⁴ J.-S. BORGHETTI, obs. précitée sous Cass. com. 6 févr. 2007. Il est également avancé, à raison, que « *la position de la Cour de cassation nous paraît avoir une réelle vertu : celle d'assurer ici une unité de régime à l'action en responsabilité, en ne demandant pas aux juges de se pencher sur la nature, contractuelle ou pas, de la relation rompue* » (J. MESTRE et B. FAGES, obs. précitées sous le même arrêt).

¹⁸⁰⁵ G. VINEY, obs. précitées sous Cass. com., 13 janvier 2009.

quasi charnels unissant les notions de bonne foi et de d'abus »¹⁸⁰⁶, or, eu égard à l'objet de notre étude, il s'agira toujours d'une mise en œuvre fautive d'une faculté prévue par les parties, d'un manquement au contrat donc. Quoi qu'il en est, le préjudice indemnifiable ne saurait en tous les cas correspondre à la rupture elle-même, puisque, s'il y a bien faute, elle ne consiste pas dans la mise en œuvre d'un droit de sortie en réalité inexistant, mais dans l'exercice fautif du droit de sortie né de la survenance de l'événement¹⁸⁰⁷. Il faut donc réparer les conséquences de la faute et non celles de la rupture car, en soi, la sortie par mise en œuvre d'une stipulation en raison de la survenance effective de l'événement qu'elle prévoit n'est pas illicite. Dans ce cadre, la réparation du préjudice subi par le contractant du fait de l'inobservation par le sortant d'un délai de préavis suffisant correspond à la marge brute qu'il aurait réalisée jusqu'à l'expiration du délai de préavis jugé raisonnable¹⁸⁰⁸. Il ne doit en principe pas en être autrement lorsque la clause aura été mise en œuvre de mauvaise foi : seules les conséquences de cette mauvaise foi doivent être indemnisées¹⁸⁰⁹, ce qui apparaît particulièrement compliqué tant il est parfois « *difficile, voire impossible, de faire la distinction entre le préjudice lié à l'abus de la rupture [...] et le préjudice résultant de la rupture elle-même* »¹⁸¹⁰. En pratique, même à admettre qu'il s'agit souvent de compenser la perte d'une marge brute, comment la calculer ? Sur quelle durée se baser pour l'évaluation¹⁸¹¹ ? Surtout, que faire lorsque le préjudice ne correspond pas à la perte d'une marge brute¹⁸¹². Par où l'on comprend la tendance à la neutralisation, dans ce cas, des effets de la clause : au-delà du témoignage qu'elle porte d'une certaine préférence du

¹⁸⁰⁶ S. PETIT, *La rupture abusive des relations commerciale*, PA 18 sept. 2008, p. 33 et s., spéc. n° 4, p. 33. Cf. *supra* ég. sur le fondement de l'exigence de préavis.

¹⁸⁰⁷ Rappr. A. ETIENNEY, *Extinction du contrat, Les effets*, JurisClasseur Contrats – Distribution, fasc. 176, n° 22 : « *L'indemnité est due en raison de la rupture abusive du contrat ou de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Elle ne peut donc avoir pour objet de réparer le préjudice résultant de la rupture elle-même, qui est libre* ». L'auteur traite ici de l'indemnisation du préjudice consécutif à la rupture abusive ou brutale d'un contrat à durée indéterminée ou au non-renouvellement abusif d'un contrat à durée déterminée. L'affirmation est toutefois transposable à la mise en œuvre brutale ou de mauvaise foi d'une clause de sortie puisque dans les deux cas il s'agit de réparer une faute dans l'exercice d'une faculté.

¹⁸⁰⁸ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 273, p. 327 et s. ; A. ETIENNEY, *art. cit.*, n° 23 et l'ensemble des références employées.

¹⁸⁰⁹ En ce sens, A. MARAIS, *art. cit.*

¹⁸¹⁰ *Ibid.*

¹⁸¹¹ V., se posant la question, A. MARAIS, *art. cit.* L'auteur propose alors une solution, certes pour l'évaluation de la réparation en nature mais il n'y a aucune raison de ne pas la transposer à la réparation par équivalent : « *il appartiendra au juge d'évaluer le délai raisonnable pendant lequel le maintien du contrat permettra de réparer le préjudice subi par le contractant, en lui laissant le temps, par exemple, de trouver un autre partenaire* ». Toutefois, et nous y voyons ici une limite à l'opportunité de limiter la paralysie, que faire lorsque le contractant n'est pas remplaçable ?

¹⁸¹² Il suffit d'observer les espèces citées plus haut à l'occasion de l'étude de la privation d'effets d'une faculté mise en œuvre de mauvaise foi.

droit positif pour le maintien des liens contractuels, cette sanction originale permet d'éviter les embarrassantes questions de la juste évaluation et du caractère satisfaisant de l'équivalence. Manifestement, le contrepoids que représente cette sanction pour l'unilatéralisme dans le contrat joue son rôle.

863. Lorsque la faute consiste en la mise en œuvre sans droit de la faculté, parce que l'événement visé par la clause n'est pas survenu, c'est bien cette fois la rupture elle-même qui constitue le préjudice que subit le cocontractant. Mais il ne saurait, pour autant, se voir accorder le prix qu'il aurait dû percevoir si la faute n'avait pas eu lieu¹⁸¹³, car l'indemnité dépasserait alors la réparation intégrale : il se verrait en effet régler une prestation qu'il n'exécuterait pas en réalité. Il faut donc évaluer, encore une fois, au regard de la marge brute ; et l'évaluation par le juge pourra être modulée en fonction notamment du type de prestation et de la durée restante jusqu'au terme initialement prévu, en raison de l'influence de ces paramètres sur la possibilité pour le partenaire délaissé de trouver un autre contractant. Lorsque la sortie fautive ne conduit pas le cocontractant à subir directement une perte d'argent, parce qu'il n'est pas le redevable de la prestation, il lui appartiendra d'établir la réalité et la teneur de son préjudice devant être réparé ; lequel peut alors, par exemple, consister en une désorganisation de son activité ou dans un surcoût lié au remplacement du titulaire fautif de la faculté.

SECTION 2 Les atteintes à l'efficacité en raison de la situation du cocontractant

864. Il arrive que soit affectée l'efficacité d'une clause de sortie pourtant valablement stipulée et correctement mise en œuvre : l'intérêt du cocontractant à la poursuite du contrat justifie qu'il soit tenu compte de sa situation pour porter atteinte aux prévisions du titulaire quant à sa propre perte d'intérêt à l'exécution. Cette situation est objectivement appréciée : il n'est pas question de sonder les âmes ou de prendre en compte, par exemple, la bonne foi du cocontractant. Celle-ci demeure inopérante¹⁸¹⁴.

865. Nous traiterons alors de l'hypothèse de « paralysie » particulière que constitue l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cocontractant, (§1) avant

¹⁸¹³ Cass. com. 22 oct. 1996, précité.

¹⁸¹⁴ V. par ex., en matière de clause résolutoire, Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2003, *Bull. civ.*, III, n° 161 ; *RTD civ.* 2003, p. 707, note J. MESTRE et B. FAGES : « *en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire* ».

d'envisager celle du débiteur d'une obligation inexécutée dont la situation peut conduire à lui octroyer des délais (§2).

§1 Les clauses de sortie et la procédure collective

866. L'invalidité d'une clause qui prévoirait au profit d'un contractant une faculté de sortie en raison de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son partenaire contractuel¹⁸¹⁵, ou en cas de cessation des paiements¹⁸¹⁶, a déjà été relevée. Nul besoin de revenir longuement sur ces principes, tant les dispositions légales¹⁸¹⁷ et la jurisprudence¹⁸¹⁸ sont claires à ce sujet.

867. Dans le même sens, l'article L. 622-29 du Code de commerce répute non écrite toute stipulation contraire au principe selon lequel « *le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé* ». Cela invalide donc la clause de déchéance du terme pour les mêmes événements. Cette clause ne saurait, non plus, être valablement opposée à l'éventuelle caution¹⁸¹⁹ garantissant l'exécution du contrat qui la contient¹⁸²⁰. Plus encore, il apparaît que la caution ne peut renoncer au bénéfice de l'article L. 622-29¹⁸²¹. En plus de ces cas d'invalidité, il existe une véritable paralysie de la clause résolutoire en vertu du principe de l'arrêt des poursuites, contenu à l'article L. 622-21 du Code de commerce : si cette clause n'est pas acquise au jour du jugement d'ouverture, le créancier ne pourra se prévaloir d'une inexécution d'une obligation pécuniaire antérieure audit jugement.

¹⁸¹⁵ Encore faut-il qu'il s'agisse d'une clause instituant une véritable faculté de résiliation pour ce motif et non pas une stipulation déterminant les modalités d'indemnisation des conséquences de la rupture du contrat : v. Cass. com., 13 juin 2006, *Rev. proc. coll.* 2008, p. 75, n° 1, comm. 15, obs. P. ROUSSEL-GALLE.

¹⁸¹⁶ Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 87 ; *JCP éd. G* 1993, IV, 1162 ; *JCP éd. E* 1993, pan., p. 563 ; *D.* 1993, IR, p. 77 ; *Dr et patr.* 1994, n° 19, p. 20, note Y. SEXER. La Cour relève que « *la constatation d'un tel état par le Tribunal [...] le conduit nécessairement à ouvrir la procédure de redressement judiciaire* ». V. encore CA Paris, 12 janv. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 189, n° 1, obs. P. ROUSSEL-GALLE.

¹⁸¹⁷ V. les articles L. 622-13 (sauvegarde), L. 631-14 (redressement judiciaire) et L. 641-11-1 (liquidation judiciaire) du Code de commerce.

¹⁸¹⁸ V. par ex., sous l'ancienne législation – mais la solution reste applicable –, Cass. com., 17 mars 1975, *Bull. civ.*, IV, n° 80 ; *D.* 1975, jur., p. 557, note F. DERRIDA ; *RTD com.* 1975, p. 639, obs. R. HOUIN et J.-P. LE GALL.

¹⁸¹⁹ Et ce en raison du principe de l'accessoirité (art. 2290 C. civ.) et de la suspension des poursuites contre les garants personnes physiques (art. L. 622-28 C. com.). V. par ex. Cass. com., 14 nov. 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 285 ; *JCP éd. G* 1990, IV, 15, obs. M. CABRILLAC ; *RD bancaire et bourse*, 1990, p. 88, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

¹⁸²⁰ En toute logique, si la clause est présente au contrat de cautionnement, elle doit être réputée non écrite : v. not. Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, *Bull. civ.*, I, n° 51 ; *Defrénois* 1995, p. 418, n° 6, obs. L. AYNES ; *JCP éd. G* 1995, I, 3851, note P. DELEBECQUE et P. SIMLER ; Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-10091, *inédit*.

¹⁸²¹ V. en ce sens Cass. com., 9 nov. 2004, n° 02-12044, *inédit*.

868. Si ces principes sont assez clairement établis, quelques précisions s'imposent tout de même. Ainsi, tout d'abord – mais il s'agit davantage d'une question de validité que d'efficacité –, puisque les textes prévoient que l'invalidité frappe la clause de résiliation – pour ouverture d'une procédure collective – du « *contrat en cours* », la règle ne pourra jouer lorsque la relation contractuelle en cause ne peut être qualifiée comme telle : est ainsi valable et doit produire ses effets la clause prévoyant l'exclusion de plein droit d'un associé à l'encontre duquel une procédure collective a été ouverte, dans la mesure où le contrat de société n'est pas considéré comme un *contrat en cours*¹⁸²². Ensuite, comme annoncé, la paralysie de la clause résolutoire n'intervient que si les effets de la stipulation n'ont pas joué antérieurement au jugement d'ouverture : si les modalités de mise en œuvre ont été correctement effectuées avant le jugement, la résolution est acquise¹⁸²³ et le juge peut alors être saisi postérieurement à l'ouverture pour la constater et en tirer les éventuelles conséquences¹⁸²⁴. De plus, selon l'article L. 622-21 précité, la paralysie ne concerne que la mise en œuvre d'une *clause résolutoire* pour une inexécution, *antérieure au jugement d'ouverture*, d'une *obligation pécuniaire*, ce dont on peut tirer trois conséquences redonnant quelque vigueur aux clauses qui nous occupent : la mise en œuvre d'une clause résolutoire, tout d'abord, reste possible à tout moment s'il s'agit de sortir du contrat pour inexécution d'une *obligation d'un autre type*¹⁸²⁵ ; la clause

¹⁸²² V. CA Montpellier, 28 mai 2002, *RTD com.* 2003, p. 521, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. bancaire et fin.* 2003, comm. 115, obs. F.-X. LUCAS ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 92, obs. J. MONNET, décision confirmée par Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. civ.*, IV, n° 47 ; *D.* 2005, p. 839, obs. A. LIENHARD ; *RJDA* 2005, n° 827 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 618, note D. RANDOUX ; *Act. proc. coll.* 2005, comm. 87, note J. VALLANSAN ; *Rev. proc. coll.* 2005, p. 229, note M.-P. DUMONT ; *RTD com.* 2005, p. 599, obs. A. MARTIN-SERF ; *RDC* 2006, p. 449, obs. F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 995, note P. LE CANNU ; *Dr. et patr.* 2005, n° 143, p. 91, obs. D. PORACCHIA ; *JCP éd. E* 2005, 1046, n° 9, obs. J.-J. CAUSSIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 117, note J. MONNET. V. encore Cass. com. 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2107, obs. A. LIENHARD.

¹⁸²³ V. par ex. Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 179 ; *JCP éd. G* 1994, I, 3799, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL. Une précision doit être apportée : il ne suffit pas de mettre en demeure le débiteur, le délai accordé devant évidemment être expiré avant le jugement.

¹⁸²⁴ Cass. 3^{ème} civ., 28 janv. 2004, *Bull. civ.*, III, n° 13 ; *RDC* 2004, p. 711, obs. J.-B. SEUBE : « *l'action tendant à constater une résiliation déjà acquise au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective ne pouvait être suspendue, s'agissant d'un droit régulièrement acquis avant le redressement judiciaire* ».

Il en va différemment, en raison de l'article L. 145-41 du Code de commerce et de l'interprétation qu'en fait la jurisprudence, lorsque le contrat en cause est un contrat de bail commercial : l'acquisition de la clause résolutoire doit avoir été constatée par une décision passée en force de chose jugée antérieurement au jugement. V. encore récemment Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-12.747, inédit : « *l'action introduite par le bailleur avant la mise en liquidation judiciaire du preneur, en vue de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire prévue au bail pour défaut de paiement des loyers ou des charges échus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure ne peut, dès lors qu'elle n'a donné lieu à aucune décision passée en force de chose jugée, être poursuivie après ce jugement* ». V. ég. CA Pau, 31 janv. 2011, *JurisData* n° 2011-011384 ; Cass. com., 30 janv. 2007, *Act. proc. coll.* 2007, comm. 89.

¹⁸²⁵ V. par ex. Cass. com., 12 mai 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 181 ; *RTD com.* 1992, p. 683, obs. Y. CHAPUT : la Cour rejette le pourvoi formé à l'encontre d'une décision ayant accueilli la demande d'un bailleur en

résolutoire, ensuite, peut être mise en œuvre pour une *créance née postérieurement* au jugement, peu importe la nature de l'obligation en cause ; enfin, une *clause de résiliation*, qui ne concerne pas l'inexécution, ne devrait pas être paralysée.

869. Il convient encore d'évoquer, concernant ce dernier type de clauses de sortie, l'utilité de la stipulation qui prévoirait la faculté pour son titulaire de sortir en cas de renonciation spontanée de l'administrateur à la continuation du contrat en cause¹⁸²⁶. La jurisprudence décide, en effet, qu'en l'absence de mise en demeure du mandataire par le cocontractant, le contrat n'est pas résilié de plein droit suite à l'exercice de l'option de non-continuation : il appartient au cocontractant de saisir le juge du contrat pour qu'elle soit prononcée¹⁸²⁷. Une clause de résiliation de plein droit pour cette raison¹⁸²⁸ – éventuellement automatique¹⁸²⁹ – devrait donc dispenser le cocontractant d'observer cette exigence¹⁸³⁰. La jurisprudence semble en ce sens¹⁸³¹.

870. Au sein des clauses de sortie, c'est donc essentiellement le régime de la clause résolutoire qui se trouve impacté par l'existence d'une procédure collective. Plus généralement, la situation du débiteur n'est jamais sans influence sur cette même stipulation. C'est ce que nous allons à présent aborder.

constatation de l'acquisition d'une clause résolutoire, contenue dans un bail commercial, pour non-respect par le preneur de l'obligation d'adhérer à un GIE.

¹⁸²⁶ V. en ce sens P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011, n° 431-12, p. 715.

¹⁸²⁷ Cass. com. 19 mai 2004, *Bull. civ.*, IV, n° 100 ; *Act. proc. coll.* 2004, comm. 146, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 227, n° 8, obs. P. ROUSSEL-GALLE ; *JCP éd. E* 2004, p. 1292, obs. P. PETEL ; Cass. com., 7 déc. 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 41, n° 2, obs. P. ROUSSEL-GALLE.

¹⁸²⁸ Certains auteurs évoquent également la possibilité de mettre en œuvre la clause résolutoire, dans la mesure où la décision de l'administrateur de ne pas continuer le contrat constitue un refus d'exécuter : v. not. C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 203, p. 214 et s. Cela cadre toutefois assez mal avec le régime de la clause résolutoire – inexécution licite, absence de mise en demeure... –, raison pour laquelle notre préférence va vers la clause prévoyant, sans aucune connotation pénale, la sortie automatique en cas de non continuation du contrat.

¹⁸²⁹ L'automatisme est peu gênante en ce cas car il est certain, compte tenu de la décision de l'administrateur, que le contrat ne se poursuivra pas.

¹⁸³⁰ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, *loc. cit.* V. cependant, plus réservée sur l'efficacité des stipulations des parties en ce domaine, E. LE CORRE-BROLY, note sous Cass. com., 7 nov. 2006, *JCP éd. E* 2007, 1003, spéc. n° 19.

¹⁸³¹ V. CA Caen, 7 sept. 2006, *JurisData* n° 2006-335254 : est valable la clause par laquelle un contrat de location est résilié de plein droit à la date du jugement d'ouverture et une indemnité est due, sauf le cas où l'administrateur exige la poursuite du contrat.

§2 La clause résolutoire et l'octroi de délais de grâce au débiteur¹⁸³²

871. La clause résolutoire, ou toute autre clause de sortie pour cause de défaillance – clause de déchéance du terme –, peut encore être neutralisée en raison de la situation du débiteur : ce dernier peut demander au juge que lui soient octroyés des délais pour l'exécution d'obligations dues en vertu du contrat, s'il établit l'existence de difficultés justifiant ses manquements¹⁸³³ et la possibilité de s'exécuter dans lesdits délais¹⁸³⁴, éléments dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁸³⁵. Mais le législateur n'a pas non plus totalement occulté l'intérêt du créancier, puisque les délais seront accordés également « *en considération [de ses] besoins* »¹⁸³⁶. Ce sont les articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil qui prévoient, de manière générale, ces mesures, le dernier de ces textes précisant que « *toute stipulation contraire [...] est réputée non écrite* ». Que vaut, alors, la mise en œuvre d'une clause résolutoire en présence d'une demande de délais ?

872. Tout d'abord, le juge ne pourra pas, sous couvert d'octroyer une faveur au débiteur la méritant, faire renaître un contrat déjà éteint : le jeu de ces dispositions légales ne peut se concevoir, en droit commun, que tant que la clause n'a pas produit ses effets¹⁸³⁷ : « *il ne saurait être question de rétablir une situation contractuelle définitivement résolue* »¹⁸³⁸. La jurisprudence est en ce sens lorsqu'elle décide que « *si le juge tient des dispositions de l'article 1244-1 du Code civil le pouvoir d'accorder des délais de grâce, il ne peut, en revanche, suspendre les effets d'une clause résolutoire en*

¹⁸³² V., sur les délais de grâce en général, G. PAISANT, *La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution*, *Contr., conc., consom.* déc. 1991, p. 3 ; A. SERIAUX, *Réflexions sur les délais de grâce*, *RTD civ.* 1993, p. 789 et s. ; C. GAVALDA, *Le délai de grâce judiciaire de l'article 1244 et s. du Code civil*, *Dr et patr.* avr. 1997, p. 62 et s. Sur le jeu des délais de grâce en présence d'une clause résolutoire, v. C. PAULIN, *op. cit.*, n° 186 et s., p. 198 et s.

¹⁸³³ Il s'agit souvent de relever que le débiteur est « malheureux et de bonne foi ». V. en dernier lieu sur ce point P. ISSA-SAYEGH, *Contrats et obligations, Extinction des obligations, Paiement : modalités, moment et lieu*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1235 à 1248, fasc. 40, n° 86 et s.

¹⁸³⁴ L'octroi de délais, en effet, ne se conçoit que si cela peut avoir une utilité : s'il est avéré que le débiteur ne pourra pas se libérer dans lesdits délais, il n'y a pas de raison de s'opposer à la demande du créancier. V. encore récemment en ce sens : CA Toulouse, 10 mai 2012, *JurisData* n° 2012-012636 : après avoir relevé que le débiteur justifiait d'une situation difficile expliquant les manquements, sa demande est néanmoins rejetée car « *sa situation actuelle ne lui permet ni de pouvoir espérer solder sa dette dans un délai de deux ans ni de se libérer par mensualités* ».

¹⁸³⁵ Il a, de plus, été déjà décidé qu'ils peuvent accorder ou refuser des délais aux débiteurs sans avoir à motiver spécialement leur décision : Cass. 1^{ère} civ. 29 oct. 2002, *Bull. civ.*, I, n° 257.

¹⁸³⁶ Article 1244-1 du Code civil. V. en dernier lieu P. ISSA-SAYEGH, *art. cit.*, n° 95 et s.

¹⁸³⁷ V. en ce sens J. MESTRE, *RTD civ.* 1992, p. 764.

¹⁸³⁸ M. STORCK, *Dérogations à la résolution judiciaire. Les clauses résolutoires*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1184, fasc. 20, n° 21 et les références employées par l'auteur.

dehors de dispositions légales particulières »¹⁸³⁹. En l'espèce, un concédant s'est prévalu à l'encontre de l'un de ses concessionnaires de la clause résolutoire du contrat autorisant le premier à rompre en cas de non paiement de la redevance, huit jours après une mise en demeure demeurée vaine. L'inexécution persistant à l'expiration de ce délai, le concédant notifia à son cocontractant la rupture du contrat. Celui-ci, *postérieurement*, sollicita l'octroi de délais de grâce. Ce qui lui a été refusé, à juste titre puisque le contrat était éteint par la notification de la volonté de résoudre.

873. Que décider, ensuite, lorsque la demande est formée devant le juge par le débiteur *pendant* le délai accordé par la mise en demeure, c'est-à-dire, par définition, alors que le contrat n'est pas encore éteint ? Si l'on peut trouver au moins un arrêt qui confirme une décision des juges du fond ayant rejeté une telle demande¹⁸⁴⁰, la question reste peu posée en jurisprudence. Compte tenu du caractère d'ordre public des dispositions précitées, nous opinons pour la possibilité dans ce cas d'octroyer des délais d'exécution au débiteur¹⁸⁴¹ ; pour peu, bien entendu, que les conditions précitées soient par ailleurs réunies. Décider le contraire reviendrait selon nous à admettre qu'une clause puisse faire échec aux textes précités, alors même qu'il est clairement prévu que « *toute stipulation contraire [...] est réputée non écrite* ». Doit-on craindre à tout prix que les débiteurs ne s'emparent de cette possibilité pour, systématiquement, faire échec à la mise en demeure ? Nous ne le pensons pas car, d'une part, le délai accordé par la mise en demeure est souvent relativement court – du moins au regard des diligences à accomplir pour saisir le juge d'une demande correcte – et, d'autre part, le débiteur doit encore établir que sa situation justifie que des délais lui soient octroyés. La situation est bien différente lorsque la loi prévoit expressément, pour un type de contrat, que le juge peut accorder des délais même postérieurement à la prise d'effets théorique de la clause. Il en va ainsi, par

¹⁸³⁹ CA Paris, 18 mars 2011, *JurisData* n° 2011-005278. *Contra* : CA Amiens, 6 sept. 2011, RG n° 10/02249 qui fait droit à la demande de délais formée par un débiteur postérieurement à l'expiration du délai accordé par la mise en demeure et à la notification de la sortie par le titulaire de la clause. En l'espèce, toutefois, les juges ont tout d'abord estimé que la rédaction de la clause ne permettait pas d'y voir une dérogation à l'article 1184 du Code civil – lequel fait référence aux délais de grâce –, de telle sorte que la mise en œuvre de la clause n'a pas entraîné la résolution de plein droit de la relation, pour, ensuite, décider de l'opportunité de prononcer la résolution ou d'accorder des délais au débiteur. Sur l'importance d'une rédaction soignée de la clause de sortie et plus particulièrement de la clause résolutoire, *Cf. supra*.

¹⁸⁴⁰ Cass. com. 17 déc. 1991, *RJDA* 1992, n° 218, p. 168 ; *RTD civ.* 1992, p. 763, obs. J. MESTRE. Cet arrêt a été rendu sur le fondement de l'ancien article 1244 du Code civil, avant donc que ne soit introduit l'article 1244-3.

¹⁸⁴¹ *Contra* : C. PAULIN, *La clause résolutoire, op. cit.*, n° 190, p. 202 ; J. MESTRE, obs. précitées sous Cass. com. 17 déc. 1991.

exemple, en matière de baux commerciaux¹⁸⁴² ou de baux d'habitation¹⁸⁴³ : le juge peut accorder des délais au locataire, bien que celui prévu au commandement soit expiré avant la demande.

874. C'est ici, une ultime fois, la prise en compte spécifique de l'intérêt du cocontractant du sortant qui joue, ou plutôt déjoue le plan de sortie du titulaire de la clause.

Conclusion du TITRE 2

875. La sortie manquée ne produira pas les effets escomptés ; et ce en raison d'une faute dans l'exercice du mécanisme ou de la situation du cocontractant. Si l'on a vu que la nature de cette faute peut varier, de même que les raisons, en dehors de toute mise en œuvre fautive, d'accorder au cocontractant des délais – voire plus –, le droit positif a tendance à traiter le problème de manière relativement unitaire : c'est la privation d'effets de la clause qui ressort, nous semble-t-il, comme un remède universel. C'est qu'en effet, soit il est clairement appliqué – en faisant même parfois l'objet d'un consensus –, soit il est, à tout le moins, demandé par une partie de la doctrine et par les plaideurs. Cette relative unité de traitement doit alors conduire à admettre que ce n'est pas vraiment l'origine de la tare, la nature du sable grippant le mécanisme d'évasion, qui est essentiellement prise en considération lorsqu'il s'agit d'en tirer les conséquences au regard de la situation contractuelle : c'est la nature et la fonction du mécanisme lui-même, au regard de l'intérêt du cocontractant, qui commandent la sanction.

876. Par retour, la définition de la sortie réussie peut être complétée : elle est celle qui, dans le respect de l'intérêt bien compris du cocontractant, assure pour le sortant un retrait utile du support juridique de l'opération économique, en agissant matériellement et temporellement sur son contenu. C'est dire que les effets de la sortie ne peuvent pas être correctement appréciés au moyen d'une analyse borgne qui consisterait à n'observer que la satisfaction du titulaire de la faculté.

¹⁸⁴² Article L. 145-41 du Code de commerce.

¹⁸⁴³ Article 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

Conclusion de la PARTIE 2

877. Accord dans l'accord, il ne pouvait en aller autrement : le contrat implique au moins deux parties et, sans pouvoir tout de même soutenir que la faculté est mise en œuvre « *dans un intérêt au moins partiellement distinct* »¹⁸⁴⁴ de celui du titulaire, l'intérêt de l'autre demeure une nécessaire limite, non seulement à la validité de l'insertion d'une faculté, mais surtout à l'efficacité de la sortie.

878. Une limite, en ce que certaines modalités doivent être respectées. Ainsi, au-delà de la notification dont on peut bien dire qu'elle assure avant tout au sortant que sa décision est susceptible d'être suivie d'effets – tout en étant une information *due* à l'autre partie –, on a vu qu'il devra généralement respecter l'écoulement d'un délai entre la réception de sa déclaration de volonté et le jeu effectif de la sortie, et ce afin que le cocontractant prenne la correcte mesure de l'extinction. Le délai doit être *raisonnable, suffisant*, au regard de la relation passée, c'est-à-dire, disons-le, essentiellement au regard de l'intérêt de ce dernier ; que celui-ci ne vienne pas se plaindre et la relation sera écourtée, nonobstant la brutalité. C'est tellement vrai que, lorsqu'on observe qu'il est manifestement permis de moduler les exigences d'une bonne foi omniprésente, en convenant de supprimer tout délai de préavis ou mise en demeure par exemple, on doit tout de suite relever que la sanction d'une brutalité n'est pas pour autant écartée, de même que l'octroi de délais est possible en certaines matières ; parce que l'intérêt d'un partenaire commercial de voir une relation vitale perdurer, ou celui d'un locataire de jouir d'un immeuble, sont particulièrement pris en compte. S'il arrive qu'un prix soit dû au titulaire de la faculté, en raison de la nature originale de certaines relations contractuelles, il devient aussi très fréquent que le sortant doive s'acquitter d'un prix pour la rupture : modalité d'exercice, certes, d'une faculté dont on connaît la fonction protectrice de l'intérêt de son titulaire, ce prix n'en reste pas moins une forme de compensation, à l'égard du cocontractant, d'un raccourcissement de la durée d'exécution contractuelle.

879. Une limite, enfin, car la sortie anticipée *supportable* demeure, en tous les cas, celle qui est *compatible avec la situation du cocontractant*. Que celui-ci nécessite une protection accrue et la sortie, fût-elle correctement prévue et mise en œuvre, ne produira pas les effets escomptés. Elle pourra être paralysée, ne serait-ce que temporairement

¹⁸⁴⁴ E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé, op. cit.*, n° 214, p. 137.

jusqu'à ce que l'intérêt de l'autre partie à voir la relation continuer recouvre son « intensité normale ». Définitivement, la réglementation de la *mise en œuvre* de la faculté de sortie anticipée est, tant du point de vue de son titulaire que de son futur ex-partenaire contractuel, dans la continuité de celle de sa *prévision* : un équilibrage, par différents moyens, entre la volonté légitime d'un contractant de s'assurer contre une atteinte à son intérêt et la considération de l'autre qui voit l'exécution contractuelle se raccourcir.

CONCLUSION GÉNÉRALE

880. Au terme de notre étude, nous pensons avoir fait ressortir les principales caractéristiques des clauses de sortie, lesquelles tendent à démontrer l'existence d'une unité. Nous les reprendrons brièvement avant de proposer une définition unitaire.

881. Fonction commune. L'étude de l'objectif attaché par les parties à la faculté de sortie prévue a permis d'établir que les clauses de sortie ont une fonction commune qui est de prémunir, en l'absence d'un principe général applicable, leur titulaire contre une atteinte à son intérêt de poursuivre la relation, du fait de la survenance d'un événement déstabilisant ses prévisions. La mise au jour de cette fonction permet de dépasser la distinction que l'on cherche à imposer entre la résolution et la résiliation. Ainsi, si la résolution prononcée sur le fondement de l'article 1184 du Code civil doit non seulement permettre de supprimer un contrat devenu inutile, mais également répondre à certains impératifs qui pèsent sur la décision du juge du contrat, la clause résolutoire et les clauses de résiliation n'ont d'autre objectif que de retirer un contrat avant l'expiration de la durée initialement prévue pour son exécution, car cette durée n'a plus d'intérêt pour le sortant. Le contractant décidant de sortir par mise en œuvre d'un mécanisme résolutoire ne cherche pas à sanctionner le cocontractant, ni même seulement à remédier à une inexécution : il veut simplement sortir d'une relation devenue inintéressante.

882. Nature commune. L'unité fonctionnelle se poursuit dans la nature de ces stipulations : en principe valables car issues d'un accord, la potestativité qu'elles contiennent, l'unilatéralisme qu'elle porte, suscite une méfiance qu'il est nécessaire de cadrer. La notion de condition résolutoire donne alors un cadre satisfaisant : cette qualification correspond à la fonction relevée et peut trouver à s'appliquer à des clauses que l'on présente pourtant comme « réfractaires », essentiellement la clause résolutoire ; Tout d'abord parce que l'événement que constitue l'inexécution n'est franchement pas incompatible avec les exigences de la théorie de la condition du Code civil ; à cet égard, il constitue un événement incertain comme les autres circonstances incertaines. À condition, ensuite, de considérer l'effet résolutoire pour ce qu'il est véritablement, c'est-à-dire un outil au service de la fonction de retrait de l'acte. L'analyse de la jurisprudence démontre d'ailleurs que le régime de la condition est, sinon appliqué – parfois sans le dire –, en tous les cas réellement inspirateur du traitement du contentieux en la matière. Le législateur,

au-delà du strict cadre de la condition réglemente également, directement ou indirectement, la potestativité au sens large de la prérogative de sortie.

883. L'exercice de la sortie par acte unilatéral. Sauf en cas de prévision d'une automaticité, dont on peine à relever l'intérêt, l'exercice de la sortie est un acte unilatéral réceptice. Il n'est donc guère étonnant que l'on retrouve encore à ce stade une unité puisqu'il s'agit d'appliquer le régime de ce type d'acte juridique : sortir c'est essentiellement déclarer au partenaire, en temps utile, que l'on sort. Mais cela implique également, de plus en plus souvent, le versement d'un prix, soit que la loi le prévoit pour certains contrats ou que les parties aient pris conscience du contrepoint qu'exerce cette modalité sur la potestativité de la prérogative. Elle est alors, tout à la fois, plus facile à négocier lors de la formation et plus supportable lors de l'exécution. Soit, encore, parce que la position contractuelle est un bien, représente une valeur qui tend de plus en plus à être monnayée, ou qu'il est obligatoire de rembourser.

884. Effets communs. C'est peut-être à ce stade que l'unité se fait la plus discrète. Mais, puisque les clauses de sortie ont une fonction et une nature communes, l'effet doit être commun et ce n'est en définitive que les différences affectant la relation contractuelle elle-même, telle que voulue par les parties, qui doivent se faire ressentir : l'atteinte au contrat portée par la sortie dépendra alors de la volonté des contractants, essentiellement en ce qui concerne l'importance, au regard de l'économie générale du contrat, de la durée d'exécution initialement prévue. C'est dire que l'effet résolutoire, bien compris, n'appartient pas tant à la résolution qu'à la fonction de retrait d'un contrat inintéressant. C'est encore la nature singulière de la relation qui serait établie à travers la conclusion de plusieurs contrats qui justifie certains effets particuliers. L'unité se retrouve davantage, enfin, concernant l'aspect « pathologique » du phénomène : on retrouve les ferments d'une théorie générale, souvent dissimulée derrière l'usage d'une mauvaise foi qui prend une place bien importante.

885. Proposition de définition unitaire. Face aux lacunes d'une théorie générale qui manque de dynamisme et, surtout, en raison de besoins grandissants et de leurs effets sur le contrat qui se transforme en retour, la pratique a su prendre les devants et adapter l'existant afin de prendre en compte une réalité délaissée par les rédacteurs du Code civil : l'exécution contractuelle s'inscrit souvent dans la durée et, pour que les parties ne se retrouvent pas enfermées pendant ce laps de temps, il leur revient d'insérer une clause en

ce sens. On définira alors la clause de sortie comme celle permettant à son titulaire de sortir de la relation contractuelle en cas de réalisation d'une circonstance déterminée portant atteinte à son intérêt de voir la relation perdurer. Plus techniquement, le mécanisme implique la prévision d'une condition, qui, lorsque survient l'événement dont sa réalisation dépend, entraîne la résolution de l'obligation d'avoir à respecter le terme prévu, effet qui peut trouver à s'étendre en présence d'un ensemble contractuel.

886. Limites. L'analyse n'a toutefois pas permis l'intégration, dans l'unité dont nous poursuivions l'existence, de toutes les hypothèses sur lesquelles nous avons travaillé. C'est ainsi que la clause de cession de position contractuelle ne répond pas aux critères de la qualification proposée. C'est dire la singularité de cette stipulation qui permet bien l'exercice d'une forme de sortie, mais n'opère pas résolution d'une quelconque obligation. L'exécution de l'engagement est assurée et la potestativité se fait moins sentir, puisque s'il s'agit encore de modifier unilatéralement une situation juridique préexistante, la modification ne consiste pas en une véritable extinction mais en un changement de partenaire. Le droit des sociétés, surtout, nous a imposé quelques détours difficilement compatibles avec notre proposition, à l'image des mécanismes de sortie extrastatutaires. La nature ambivalente de la société, qui oscille entre institution et contrat, peut expliquer cela. En tout état de cause, une partie des solutions dégagées irriguent déjà le contentieux et doivent, au-delà, inspirer la poursuite de la recherche.

887. Propositions de sujets. Deux pistes, au moins, nous semblent mériter d'être continuées. Tout d'abord, notre sujet se « limitait » à l'étude de clauses. Pourtant, l'intérêt d'aborder la rupture sous l'angle choisi pourrait opportunément trouver un prolongement dans l'analyse de la sortie du contrat en général, car nous avons pu, à plusieurs reprises, faire un rapprochement avec les autres formes de la rupture. Ensuite, nous ne pouvons dissimuler que le phénomène de la potestativité, en particulier la notion de droit potestatif contractuel, a imprimé nos recherches. Si de brillantes études ont déjà été menées sur le thème, il nous semble que l'unilatéralisme contractuel s'accélère, en même temps que le besoin de contrepoids. À l'image de la pratique qui a su amender l'existant, la recherche saura sûrement trouver ces outils.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

A

C. ATIAS, *Le contentieux contractuel*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence Éditeur, 4^{ème} éd., 2008.

C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français, T. IV, Librairies techniques*, 6^{ème} éd. par E. BARTIN, 1942

B

A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2012

C

J. CALAIS-AULOY et H TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010

H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2*, Dalloz, 12^{ème} éd., 2008

J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 4-Les obligations*, PUF, 22^{ème} éd., 2000

J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens. Les obligations*, PUF, 2004

F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2011

G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007

M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24^{ème} éd., 2011

D

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, T. 2*, Rousseau, 1923

C. DEMOLOMBRE, *Cours de Code Napoléon, T. XXV, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Tome Deuxième*, Durand-Hachette, 1869

A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, T. XI*, Paris, Thorel et Guilbert, 4^{ème} éd., 1844.

F

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^{ème} éd., 2012

B. FAGES, *Droit des obligations*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2011, p. 471

J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 14^{ème} éd., 2010

J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 7^{ème} éd., 2011

G

J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2009, mise à jour par E. CHEVREAU

C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 8^{ème} éd., 2010

J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 3^{ème} éd., 1993

J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994

J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001

P. F. GIRARD, rééd. par J.-P. LEVY, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2003

Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2003

H

J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001

L

Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2011

L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, Tome III*, Durand et Pédone-Lauriel, 1885

C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, T. 3 – Le contrat, Conditions de formation*, Economica, 6^{ème} éd., 2007

C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, T. 3 – Le contrat, Effets*, Économica, 6^{ème} éd., 2007

F. LAURENT, *Principes de droit civil français, Tome XVII*, Bruylant, 2^{ème} éd., 1876

P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2011

P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2012

J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd. 2010

M

P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6^{ème} éd., 2012

P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd., 2011

P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, 12^{ème} éd., 2012

G. MARTY, P. RAYNAUD, *Les obligations, T. I Les sources*, Sirey, 2^{ème} éd., 1988

A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2012

H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. I. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^{ème} éd. par F. CHABAS, 1998

P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2011

J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 28^{ème} éd., 2009, avec la collaboration de I. ARNAUD-GROSSI et L. MERLAND

P

J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2012

M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, par P. ESMEIN, LGDJ, 2^{ème} éd., 1952

P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, T. 8, Commentaire – Traité des petits contrats, T. I*, Paris, 1863

R. J. POTHIER, *Traité des obligations, in Œuvres de Pothier T. II*, M. Siffrein – Chanson – Videcoq, 1821

R

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2012

J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011

S

A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2006

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les Obligations. 2. Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les Obligations. 3. Régime général*, Litec, 6^{ème} éd., 1998

T

F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES

A

A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel. Essai d'une théorie*, Mare & Martin, 2012, préf. J. Mestre

M.-E. ANDRE, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après-contrat*, Francis Lefebvre, 2005

G. ARDANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, thèse (dactyl.) Montpellier, 2001

L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, préf. P. Malaurie

J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, Bibl. dr. priv. T. 102, LGDJ, 1969, préf. R. Nerson

B

G. BACACHE-GIBELLI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Bibl. dr. priv. T. 268, LGDJ, 1996, préf. Y. Lequette

M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Economica, 1998, préf. G. Champenois

G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Bibl. dr. priv. T. 132, LGDJ, 2^{ème} éd., 1976, préf. B. Goldman

C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, PUAM, 2003, préf. P.-Y. Gautier

T. BONNEAU, E. LE DOLLEY et H. LE NABASQUE (dir.), *La sortie de l'investisseur*, Litec-LexisNexis, 2007

L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Dalloz-Sirey, 1947, préf. J. Maury

Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Bibl. dr. priv. T. 18, LGDJ, 1963, Préf. P. Hébraud

F. BUY, *L'organisation contractuelle du spectacle sportif*, PUAM, 2002, préf. J. Mestre

C

L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Économica, 1987, préf. G. Cornu

J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparé, 2010

A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001, préf. J. Mestre

R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, *Étude de droit civil*, Bibl. dr. priv. T. 445, LGDJ, 2006, préf. Y. Lequette

C. CHABAS, *l'inexécution licite du contrat*, Bibl. dr. priv. T. 380, LGDJ, 2002, préf. J. Ghestin, avant-propos D. Mazeaud

J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931

J.-Y. CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, thèse (dactyl.) Aix-en-Provence, 1976

C. CORGAS-BERNARD, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, préf. C. Jamin, PUAM, 2006

A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, préf. E. Loquin

H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMAN et A. VERBEKE (dir.), *Droit des contrats. France, Belgique*, Larcier, LGDJ, 2005

D

J. DANET, *Droit et disciplines de production et de commercialisation en agriculture*, thèse (dactyl.), Paris I, 1982

F. DE BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, Bibl. de l'Institut A. Tunc T. 13, préf. G. Viney, LGDJ, 2007

V. D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004, préf. J. Mestre

M. DOMERGUE, *Etude d'ensemble des contrats d'adhésion*, thèse, Toulouse, 1935

W. DROSS, *Clausier*, Litec, 2^{ème} éd., 2011

L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, 1901

P. DURAND (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel : études de droit privé*, LGDJ, 1960

E

R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Bibl. dr. priv. T. 254, LGDJ, 1996, préf. A. Lyon-Caen

A. ETIENNEY, *La durée de la prestation, Essai sur le temps dans l'obligation*, Bibl. dr. priv. T. 475, LGDJ, 2008, préf. T. Revet

F

B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, préf. J. Mestre

D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Économica*, 2002

I. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Bibl. dr. priv. T. 366, LGDJ, 2002, préf. C. Thibierge

M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, FEC – Bruylant, 2^{ème} éd., 2003

M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001

G

E. GAILLARD, *le pouvoir en droit privé*, *Économica*, préf. G. Cornu, 1985

F. GARRON, *La caducité du contrat. Étude de droit privé*, PUAM, 2000, préf. J. Mestre

T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Bibl. dr. priv. T. 484, LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur

J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Bibl. dr. priv. T. 261, LGDJ, 1996

H

G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Bibl. dr. priv. T. 536, LGDJ, 2012, préf. L. Aynès, postf. F. Terré

M. HENRY et G. BOUILLET-CORDONNIER, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, EFE, 2^{ème} éd., 2003

B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatique*, thèse (dactyl.) Paris, 1973

D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM 2001, préf. H. Muir Watt

J

C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Économica, 1999

C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003

P. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968, préf. P. Raynaud

E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Bibl. dr. priv. T. 318, LGDJ, 1999, préf. L. Cadet

L

F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Bibl. dr. priv. T. 241, LGDJ, 1994, préf. J. Ghestin

Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Bibl. dr. priv. T. 419, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt

M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, préf. J. Mestre

G. LARDEUX, *Les clauses standardisées en droit français et en droit allemand*, thèse (dactyl.) Paris II, 1999

G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011

M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Bibl. dr. priv. T. 505, LGDJ, 2009, préf. D. Mazeaud

F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales. De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Bibl. dr. priv. T. 412, LGDJ, 2004, préf. C. Witz, avant-propos S. Peruzzetto

P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Bibl. dr. priv. T. 408, LGDJ, 2004, préf. A. Lyon-Caen

L. LORVELLEC, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002

N. LOUIT-MARTINOD, *L'évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durée déterminée*, PUAM, 2003, préf. C. Roy-Loustaunau

M

J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse Toulouse, 1949

D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Bibl. dr. priv. T. 223, LGDJ, 1992, préf. F. Chabas

R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Éd. Rousseau et Cie, 1948

J. MESTRE (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990

J. MESTRE (dir.), *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997

J. MESTRE et J.-C. RODA (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011

O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, Bibl. dr. priv. T. 286, LGDJ, 1996, préf. J. Ghestin

M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Bibl. dr. priv. T. 303, LGDJ, 1998, préf. A. Viandier

C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, Une nouvelle source du contenu contractuel*, Bibl. dr. priv. T. 460, LGDJ, 2006, préf. D. Ferrier, avant-propos C. Atias et R. Cabrillac

J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 4^{ème} éd., 2010, par P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE

N

I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, préf. P. Raynaud

O

F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Bibl. dr. priv. T. 224, LGDJ, 1992, préf. E. Loquin

F. OST, *Droit et intérêt, Volume 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publ. des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990

P

M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996, préf. J. Mestre

C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Bibl. dr. priv. T. 258, LGDJ, 1996, préf. J. Devèze

S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle, Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007, préf. J. Foyer

C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004, préf. Ph. Jestaz

F. PEROCHON, *La réserve de propriété (dans la vente de meubles corporels)*, Bibl. dr. entr., Litec, 1988, préf. F. Derrida, avant-propos J.-M. Mousseron

I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse (dactyl.) Montpellier, 1984

Y. PICOD, *le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Bibl. dr. priv. T. 208, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier

C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Bibl. dr. priv. T. 498, LGDJ, 2008, préf. M. Goré

G. POULAIN, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Litec, 1988, préf. B. Teyssié

R

P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003

C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, 2003, préf. C. Jamin

J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Bibl. dr. priv. T. 311, LGDJ, 1999, préf. J. Ghestin

G. ROUHETTE *et al.*, *Principes du droit européen du contrat* (VF), Société de législation comparé, 2003

C. RUET, *La résiliation unilatérale des contrats à exécution successive*, thèse (dactyl.) Paris XI, 1995

S

R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, F. Pichon, Paris, 1901

C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit de préemption*, Bibl. dr. priv. T. 164, LGDJ, 1979, préf. P. Raynaud

J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982

J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Bibl. dr. entr. T. 40, Litec, 1999, préf. M. Cabrillac

P. SIMPLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Bibl. dr. priv. T. 101, LGDJ, 1969, préf. A. Weill

G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, PUF, 2003

A. SONET, *Le préavis en droit privé*, PUAM, 2003, préf. F. Bussy

P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, Bibl. dr. priv. T. 258, LGDJ, 2000, préf. R. Bout

T

J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse (dactyl.) Lille, 1977

F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008

B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Bibl. dr. priv. T. 139, LGDJ, 1975, préf. J.-M. Mousseron

V

S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM, 1999, préf. J. Mestre, avant-propos I. Najjar

G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Bibl. dr. priv. T. 190, LGDJ, 1986, préf. J. Ghestin.

Y

S. YADINI-NAUDOT, *Le contrat non négocié*, thèse (dactyl.) Nantes, 2000

III. ARTICLES, CHRONIQUES, ÉTUDES

A

D. ALLIX, *Réflexions sur la mise en demeure*, JCP éd. G 1977, I, 2844

B. AMAR-LAYANI, *La tacite reconduction*, D. 1996, chr., p. 143

S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, Defrénois 2002, p. 355.

S. AMRANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, Defrénois 2003, p. 369

P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTD civ. 1999, p. 771

P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Litec – Dalloz, 2011, p. 61

P. ANCEL, *Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois*, RJT 45-1 (2011), p. 89

D. ARLIC, *La résolution du contrat de rente viagère*, RTD civ. 1997, p. 855

C. ATIAS, *Clauses abusives des contrats proposés par les syndicats de copropriété*, RD immo. 1996, p. 167

J.-L. AUBERT, *Rapport sur la législation relative aux baux d'habitation*, RD immo. 1991, p. 427

C. AUBERT DE VINCELLES : *Réflexion sur les ensembles contractuels : un droit en devenir*, RDC 2007, p. 983

L. AYNES, *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives*, Dr. et patr. 2004, n° 126, p. 64

B

E. BAZIN, *La résolution unilatérale du contrat*, RRJ 2000-4 (1), p. 1381

E.-M. BEY, *Crédit-bail immobilier, régime légal, définition, conditions de fond*, JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, fasc. 650.

G. BOLARD, *L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme*, JCP éd. G 2008, I, 156

P.-A. BON, *La condition portant sur l'exécution d'une obligation*, PA 26 juin 2007, n° 127, p. 3

J.-R. BONNEAU, *L'intégration agricole et la sous-traitance*, Gaz. Pal. 1978, 2, doct., p. 589

J. BORRICAND, *La clause résolutoire expresse dans les contrats*, RTD civ. 1957, p. 433

B. BOULOC, *La perte du droit aux intérêts*, in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 81

F. BOUSEZ, *Contrat à durée déterminée, Notion*, JurisClasseur Travail Traité, fasc. 2-40

F. BOUSEZ, *Contrat à durée déterminée, Cessation*, Jurisclasseur Travail Traité, fasc. 2-48, n° 106

M. BOUTEILLE, *Regard critique sur la modalité conditionnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, D. 2008, p. 1848

G. BREDON et L. FLAMENT, *La rupture conventionnelle : une rupture amiable encadrée*, JCP éd. S 2008, 1431

C. BRENNER, *Répertoire Civil Dalloz, V° Partage (2° droit commun)*

J.-D. BRETZNER, *La nature juridique de la responsabilité résultant de la violation de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce*, RLD aff. 2010, n° 2979

G. BRIERE DE L'ISLE, *De la notion de contrat successif*, D. 1957, chr., p. 153

C

L. CADIET, *Arbiter arbitrator, gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil*, in *Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 155

F. CANUT, *Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection*, D. 2007, p. 2257

R. CASSIN, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, RTD civ. 1945, p. 159

C. CASTES-RENARD, *Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée*, *Defrénois* 2006, art. 38464, p. 1529

N. CAYROL, *Contrats et obligations, Mise en demeure*, JurisClasseur Civil Code, art. 1136 à 1145, fasc. 60

J. CEDRAS, *L'obligation de négocier*, *RTD com.* 1985, p. 265

C. CHABAS, *Répertoire Civil Dalloz, V° Résolution – Résiliation*

M. CHAGNY, *La gestion contractuelle de la rupture au regard des exigences concurrentielles (de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce)*, *RLD aff.* 2010 n° 2980

S. CHASSAGNARD-PINET et P.-Y. VERKINDT, *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, *JCP éd. S* 2008, 1365

J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants, Est-on allé trop loin ?*, in C. JAMIN ET D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 99

A. COHEN, *Crédit-bail immobilier, Contentieux*, JurisClasseur Construction – Urbanisme, fasc. 150-20

E. COHEN, *Une crise juridique dans le crédit-bail immobilier : la faculté de résiliation unilatérale du crédit-preneur et la nullité du contrat*, *Gaz. Pal.* 1996, doctr., p. 975

N. COHEN-STEINER, *La clause de résiliation anticipée dans le contrat de crédit-bail immobilier*, *JCP éd. N* 2001, p. 661

F. COLLART DUTILLEUL, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ?*, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003, p. 225

G. COUTURIER, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, *Deffrénois* 2000, p. 880

P.-A. CREPEAU, *contrat d'adhésion et contrat type*, in *Mélanges L. Baudouin*, P. U. de Montréal, 1974, p. 67

M.-L. CROS, *Les contrats à exécution échelonnée*, *D.* 1989, chr., p. 49

D

J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *Rev. sociétés* 1999, p. 535

J.-J. DAIGRE, N. METAIS et V. TANDEAU de MARSAC, *Clauses d'exclusion dans les sociétés anonymes non cotées*, *Act. prat.* 1999, n° 43, p. 5

J. DANET et L. LORVELLEC, *Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration soumis à la loi du 6 juillet 1964*, *D.* 1982, chr., p. 211

J. DANET, *L'intégration horizontale*, *Gaz. Pal.* 7 oct. 2005, p. 25

- J. DANET, *Contrats individuels d'intégration*, JurisClasseur Rural, fasc. 10
- J. DANET, *Dictionnaire permanent entreprise agricole*, V^o Contrats d'intégration et Contrats d'élevage
- J. DANET et L. LORVELLEC, *Les restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration*, D. 1982. chr., p. 211
- S. DARIOSECQ et N. METAIS, *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 908
- A. DEBET, *Les dispositions du Code de la consommation relatives au droit du commerce et des communications électroniques modifiées par la loi Chatel*, Comm. com. électr. 2008, n^o 3, comm. n^o 40
- P. DELEBECQUE, *Régime de la réparation, modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Clause pénale*, JurisClasseur Civil Code, art. 1146 à 1155.
- C. DEL MARMOL, *Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial*, in *Liber amicorum Baron L. Fredericq, T. 1*, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 307
- F. DE LY, *Les clauses mettant fin aux contrats internationaux*, RDAI 1997, n^o 7, p. 803
- R. DE QUENAUDON, act. M.-A. RAKOTOVAHINY, *Contrats aléatoires, Rentes viagères, Exécution, inexécution et extinction*, JurisClasseur Civil Code, art. 1977 à 1983
- G. DEREUX, *De la nature juridique des « contrats d'adhésion »*, RTD. civ. 1910, p. 503
- P. DEROUIN, *Pour une analyse fonctionnelle de la condition*, RTD civ. 1978, p. 1
- O. DESHAYES, *Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, RLD aff. 2010, n^o 2981
- J.-M. DO CARMO SILVA, *La portée du non-cumul de la résolution du contrat et de son exécution forcée en nature*, RLD civ. 2007, n^o 35, p. 68
- B. DONDERO, *De la condition potestative licite*, RTD civ. 2007, p. 677
- B. DONDERO, *Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société*, Journal des Sociétés 2008, n^o 53, p. 42
- B. DONDERO, *Article 1843-4 du Code civil : clarifications suggérées*, in *Mélanges en l'honneur de D. Tricot*, Litec – Dalloz, 2011, p. 639
- W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, RTD civ. 2007, p. 701

E. DUMINY et J.-D. BRETZNER, *Petit manuel à l'usage de ceux qui désirent rompre un contrat de distribution (ponctué de quelques réflexions iconoclastes)*, RDC 2011, p. 321

G. DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, LPA 24 juill. 1995, n° 88, p. 11

E

A. ETIENNEY, *Extinction du contrat. Les causes*, Jurisclasseur Contrats – Distribution, fasc. 175, n° 78

A. ETIENNEY, *Extinction du contrat, Les effets*, JurisClasseur Contrats – Distribution, fasc. 176

F

I. FADLALLAH et C. BAUDE-TEXIDOR, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire*, D. 2003 p. 750

M. FABRE-MAGNAN, *La rupture du contrat : une occasion manquée de réforme*, in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparé, 2010, p. 193

B. FAGES, *La détermination du prix dans les cessions de titres sociaux. Exposé des règles générales sur fond de jurisprudence récente*, RLD aff. 2006/1, n° 44, p. 62

D. FAVRE, *Contribution à l'étude de la tacite reconduction*, PA 7 août 1996, p. 23

D. FENOUILLET, *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?*, RDC 2011/2, p. 644

F. FINON, *Communication et opposabilité des conditions générales des contrats commerciaux*, P.A. 29 janvier 1997, p. 5

M. FONTAINE, *Les contrats internationaux à long terme*, in *Problèmes d'actualités posés par les entreprises*, Études R. Houin, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263

J.-L. FOURGOUX, *Transparence et pratiques restrictives de concurrence*, Règles de fond, JurisClasseur Commercial, fasc. 281

J. FOYER, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, Études Ripert, LGDJ, 1950, T. 1, p. 93

G

- C. GAVALDA, *Le délai de grâce judiciaire de l'article 1244 et s. du Code civil, Dr et patr.* avr. 1997, p. 62
- T. GENICON, *Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier*, RDC 2010, p. 44
- M. GERMAIN, *La renonciation aux droits propres des associés : illustrations*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF–Dalloz–JurisClasseur, 1999, p. 401
- M. GERMAIN et P.-L. PERIN, *L'exclusion statutaire des associés de SAS*, Bull. Joly sociétés 2010, p. 1016
- M. GERMAIN, F. VINCKEL, *Durée de la société*, Jurisclasseur Sociétés Traité, fasc. 20-40
- J.-M. GUEGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, D. 1999, chr., p. 352.
- C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357
- J. GHESTIN, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative – de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre –*, D. 1973, chr., p. 293
- J. GHESTIN, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 243
- J. GHESTIN, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, in *Mélanges Raynaud*, Univ. Toulouse, 1985, p. 203
- J. GHESTIN, *L'annulation d'office d'un contrat*, in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 593
- J. GHESTIN, *Observations de Jacques Ghestin*, in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, PA 12 févr. 2009, n° spéc., p. 5
- J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Contrats d'adhésion et clauses abusives en droit français*, in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Bibl. dr. priv. T. 261, LGDJ, 1996
- S. GJIDARA, *Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil*, P.A. 21 juin 2000, p. 4, et 22 juin 2000, p. 4

G. GOUBEAUX, *Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties*, *Deffrénois* 1979, art. 31987, p. 753

A. GOURIO, *La Directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs*, *JCP éd. E* 2008, 2047

J. GRANOTIER, *L'exclusion d'un associé : vers de nouveaux équilibres ?*, *JCP éd. G* 2012, n° 22, 653

S. GUILLEMARD, *Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent*, *JDI* 2004, p. 7

Y. GUYON, *Les conventions conférant la jouissance d'un local commercial sans entraîner l'application du décret du 30 septembre 1953*, *JCP éd. G* 1974, I, 2628

H

K. HAERI ET M. PICHON DE BURY, *Extension de l'application de la notion de rupture brutale des relations commerciales établies*, *Contr., conc., consom.* 2010, ét. n° 6

I

P. ISSA-SAYEGH, *Contrats et obligations, Extinction des obligations, Paiement : modalités, moment et lieu*, *JurisClasseur Civil Code*, art. 1235 à 1248, fasc. 40

M.-L. IZORCHE, *Circulation du contrat*, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, fasc. 102

J

D. JACOTOT, *Les différents modes de rupture du contrat de travail*, in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 196

P. JESTAZ, *Rapport de synthèse*, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, *Économica*, 1999, p. 87, spéc. p. 95.

P. JESTAZ in G. SIMON (dir.), *Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel*, PUF, 2003, p. 305

E. JEULAND, *Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne*, *D.* 1998, chr., p. 356

L. JOBERT, *La notion d'augmentation des engagements des associés*, *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 124, p. 627

L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *RTD civ.* 1937, p. 8

C. JAMIN, *Les sanctions de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence*, in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Économica, 1999, p. 71

C. JAMIN et M. BILLIAU, *Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé*, *D.* 1998, chr., p. 145

S. JUSTIER et V. JAUNET, *Les impacts de la loi du 3 janvier 2008 sur le secteur des communications électroniques : quand une petite impatience ruine un grand projet*, *Contr., conc., consom.* 2008, n° 4, étude n° 4

K

J.-P. KARAQUILLO, *La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture ou en requalification*, *D.* 1997, chr., p. 345

F. KENDERIAN, *Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions*, *RTD com.* 2009, p. 81

L

C. LACHIEZE, *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat*, *D.* 2000, chr., p. 184

C. LACHIEZE, *La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence*, *JCP éd. E* 2004, n° 1815.

X. LAGARDE, *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure*, *JCP éd. G* 1996, I, 3974

X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, *JCP éd. G* 2001, I, 312

X. LAGARDE, *Qu'est-ce qu'une clause abusive ?*, *JCP éd. G* 2006, I, n° 110

M. LAMOUREUX, *L'interprétation des contrats de consommation*, *D.* 2006, p. 2848

C. LARROUMET, *Pour la responsabilité contractuelle*, in *Mélanges P. Catala*, Litec 2001, p. 243

C. LARROUMET, *De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat, À propos du projet de réforme du droit des contrats*, *D.* 2008, p. 2441

J. LEAUTE, *Les contrats-types*, *RTD civ.* 1953, p. 429

V. LE BLAN-DELANNOY, *Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ?*, *PA* 24 janv. 2005, p. 6

P. LECLERCQ, *Opposabilité limitée des usages conventionnels et des conditions générales professionnelles*, *RJDA* 1998, p. 783

H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in *Mélanges Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 643

C. LEDOUX, *Évaluation de titres par un tiers : plutôt anticiper avec 1592 que subir avec 1843-4 !*, *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 6, p. 530

S. LE GAC-PECH, *Rompreson contrat*, *RTD civ.* 2005, p. 223

H. Le NABASQUE, *Le champ d'application de l'article 1843-4 du code civil après les arrêts de la Cour de cassation du 4 décembre 2007 et du 5 mai 2009 et de la cour d'appel de Versailles du 10 septembre 2009*, *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 206, p. 1018.

H. Le NABASQUE, P. DUNAUD et P. ELSÉN, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, *Actes pratiques*, oct. 1992, n° 25

H. LEPAGE, *Les paradoxes du formalisme informatif*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597

A.-M. LEROYER, *L'épreuve d'Internet*, in D. FENOUILLET et F. LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Économica*, 2002, p. 167

R. LIBCHABER, *Demeure et mise en demeure en droit français*, in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 113

P. LOKIEC, *Clauses abusives et crédit à la consommation*, *RD bancaire et fin.* 2004, p. 221

L. LORVELLEC, *Contrats d'intégration*, *RD rur.* 1977, 205

L. LORVELLEC, *Le renforcement de la protection en cas d'intégration*, *RD rur.* 1981, 250

L. LORVELLEC, *Les contrats types d'intégration homologués*, in *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002, p. 292

L. LORVELLEC, *L'agriculteur sous contrat*, in L. LORVELLEC, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Dalloz, 2002, p. 339

F.-X. LUCAS, *L'évaluation des parts de l'associé retrayant*, *ibid.*, p. 695.

G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, *RTD civ.* 1945, p. 75

M

Y. MADIOT, *Les aspects juridiques de la politique contractuelle en agriculture*, *Dr. soc.* 1969, p. 367

V. MAGNIER, *Les sanctions du formalisme informatif*, *JCP éd. G* 2004, I, n° 106.

D. MAINGUY, *Défense, critique et illustrations de certains points du projet de réforme du droit des contrats*, D. 2009, p. 308

A. MARAIS, *Le maintien forcé du contrat par le juge*, PA 2 oct. 2002, p. 7

J.-M. MARMAYOU, *Remarques sur la notion d'indivisibilité des contrats*, RJ com. 1999, p. 292

G. J. MARTIN, *Les contrats d'intégration dans l'agriculture*, RTD com. 1974, p. 1

L. MARTINET et M.-L. CARTIER-MARRAUD, *Les beaux jours de l'article L 442-6, I-5° du Code de commerce*, Gaz. Pal. 20 novembre 2007, p. 2

R. MARTY, *Les clauses d'événements défavorables et de déchéance du terme dans les contrats de financement*. Material adverse change and Cross default clauses, JCP éd. E 2011, n° 1250

N. MATHEY, *Autour de la rupture brutale de relations commerciales : compétence et délais de préavis*, JCP éd. E 2010, n° 1504

N. MATHEY, *La rupture de relations commerciales établies en période de crise*, Contr., conc., consom. 2010 ét. n° 3

N. MATHEY, *L'évaluation du préjudice en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie*, JCP éd. E 2011, n° 1345, p. 32

D. MAZEAUD, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc. 1994, p. 343

D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603

D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats*, RJT 44 (2010), p. 244

J. MEGRET, *Système contractuel et intégration en agriculture*, D. 1965, chr., p. 15

M. MEKKI, *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle, 1^{ère} partie*, RDC 2006, p. 1051

M. MEKKI, *Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique »*, RDC 2007, p. 681

M. MEKKI, *Les clauses relatives au prix dans les cessions de droits sociaux*, RLD civ. 2008, n° 53, p. 64

M. MEKKI, *Hardship et révision des contrats. 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP éd. G. 2010, doct., 1219

M. MEKKI, *Hardship et révision des contrats. 2. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ?*, JCP éd. G. 2010, doctr., 1257.

J. MESTRE, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 oct. 1985), PUF, 1986, p. 41

J. MESTRE, *Rupture abusive et maintien du contrat*, RDC 2005, p. 99

J. MESTRE, *l'exigence de cohérence*, RJ com. 2011, n° 3, p. 211

J. MESTRE et B. CAVALIE, *L'offre et la cause au cœur du projet de réforme des contrats*, RLD civ. 2009, suppl. au n° 58, p. 19

G. MICHAELIDES-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, RTD civ. 1966, p. 212

J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, *Le remboursement anticipé du prêt en droit français*, D. 1995, chr., p. 46

J. MOURY, *De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats*, RTD civ. 1994, p. 225

H. MUIR WATT, *Pour l'accueil de l'estoppel*, in *Mélanges en l'honneur de Y. Lousouarn*, Dalloz, 1994, p. 303

N

I. NAJJAR, *Clause de substitution et « position contractuelle »*, D. 2000, chr., p. 635

I. NAJJAR, *Mandat et irrévocabilité*, D. 2003, chr., p. 708

I. NAJJAR, *La notion d'« ensemble contractuel »*, in *Mélanges Decocq*, Litec, 2004, p. 509

C. NOURISSAT, *Rupture brutale d'une relation commerciale établie : du curieux effet du franchissement d'une frontière sur la nature de l'action !*, RLD aff. 2009, n° 1193, p. 67

O

F. OSMAN, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit*, Defrénois 1993, art. 35433, p. 65

P

G. PAISANT, *La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution*, Contr., conc., consom. déc. 1991, p. 3

- G. PAISANT, *Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives. Décret du 18 mars 2009*, JCP éd G 2009, I, 116
- F. PARAISSO, *Observations sur la résolution de la vente d'immeubles d'après l'article 1655 du Code civil*, RTD civ. 2011, p. 67
- J.-D. PELLIER, *Les conflits de qualification entre le terme et la condition*, RRJ 2008/2, p. 913
- E.-H. PERREAU, *Une évolution vers un statut légal des contrats*, in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény, T. II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Lib. E. Duchemin, Paris, 1977, p. 354
- S. PETIT, *La rupture abusive des relations commerciale*, PA 18 sept. 2008, p. 33
- B. PETIT, *Contrats et obligations, Définition et classification des contrats*, JurisClasseur Civil Code, art. 1101 à 1108-2
- B. PETIT, *Contrats et obligations, Erreur*, JurisClasseur Civil Code, art. 1110
- S. PIMONT, *Répertoire Civil Dalloz, V° Clause pénale*
- R. POESY, *Bref retour sur une question controversée : l'exclusion judiciaire de l'associé d'une société non cotée*, RJ com. 2001, p. 159
- G. POISSONNIER, *Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation*, D. 2006, p. 370
- G. POISSONNIER, *Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue*, D. 2008, p. 1285
- G. POISSONNIER, *Les principales irrégularités des offres préalables de crédit à la consommation*, *Contr., conc., consom.* 2011, ét. n° 11
- C. POMART-NOMDEDEO, *Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité*, RTD civ. 2010, p. 209
- A. POPOVICI, *Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?*, in *Mélanges L. Baudouin*, P. U. de Montréal, p. 161
- J. PREVAULT et N. OLSZAK, *Répertoire Civil Dalloz, V° Contrat d'intégration en agriculture*
- C. PRIETO, *Événements affectant la personne de la société contractante*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 81

G. PRIVE, *Contribution critique aux méthodes de calcul des restitutions après l'annulation d'un contrat d'intégration*, RD rur. 1995, p. 190

G. PRIVE, *Pratique contractuelle et détermination du prix dans les contrats d'intégration en matière d'élevage*, RD rur. 1996, p. 66

G. PRONIER, *La clause de résiliation anticipée dans un contrat de crédit-bail immobilier*, Rapport de la Cour de cassation 1998, La documentation française, p. 123

B. PUIILL, *La complémentarité de l'analyse juridique et de l'analyse économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration en agriculture*, RD rur. 1978, p. 41

R

P. REMY, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997, p. 323

G. RAYMOND, *Saisine d'office du juge en droit de la consommation*, JCP éd. G 2007, hors série 80 ans de La Semaine Juridique, p. 73

G. RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, Contr., conc., consom. 2008, étude n° 3

G. RAYMOND, *Directive 2008/48/CE relative aux crédits à la consommation. Premières approches*, Contr., conc., consom. 2008, étude n° 9

G. RAYMOND, *Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. Commentaire*, Contr., conc., consom. 2010, étude 11

A.-C. REGLIER, *L'obligation de restituer dans le prêt à usage à durée indéterminée*, Dr. et patr. 2009, n° 185, p. 50

P. REIGNE, *La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats*, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, p. 151

T. REVET, *La clause légale*, in *mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 277

A. RIEG, *Contrat type et contrat d'adhésion*, in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de Paris*, T. XXXIII, 1970, p. 105

J.-A. ROBERT et Q. CHARLUTEAU, *Utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires*, RLD civ. 2010, n° 68, p. 7

J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 747

- J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004, p. 47
- J. ROCHFELD, *Au croisement du droit de la concurrence et du droit civil : l'avènement de la « relation » contractuelle ?*, RDC 2006, p. 1033
- J. ROCHFELD, *La rupture des relations contractuelles en temps de crise économique*, RDC 2010, p. 499
- J. ROCHFELD, *Répertoire Civil Dalloz*, V° Cause
- H. ROLAND, *Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs*, *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1966, p. 740
- D. RONDEAU, *L'impact de « l'erreur dans les contrats de vente passés sur Internet*, *Gaz. Pal.* 2003, rec. p. 901
- A RONZANO, *Clauses de rendement et contrats-cadres de distribution*, *JCP éd. E* 1996, I, n° 535
- F. ROUSSEL, *Le bail cessible hors du cadre familial, nouvel outil de stabilité de l'exploitation agricole*, *Dr. et patr.* 2006, n° 150, p. 28
- C. ROY-LOUSTAUNAU, *Réflexion sur le rôle du juge dans la requalification du contrat de travail à durée déterminée après la loi du 12 juillet 1990*, *JCP éd. E* 1990, I, p. 101
- B. RUDDEN et P. JUILHARD, *La théorie de la violation efficace*, *RID comp.* 1996, p. 1015
- M. RUIZ, *Indemnisation de la rupture brutale des relations commerciales*, *Contr., conc., consom.* 2009, prat. n° 1

S

- N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus*, *Contr., Conc., consom.* 2008, n° 6, étude 7
- J. SAVATIER, *La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers*, *Dr. soc.* 1987, p. 375
- J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Regards comparatifs sur les conditions générales des contrats*, in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 415
- A. SERIAUX, *Réflexions sur les délais de grâce*, *RTD civ.* 1993, p. 789
- A. SEUBE, *Les conditions générales des contrats*, in *Etudes A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 621
- P. SIMLER, *L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée*, *JCP éd. G* 1971, I, n° 2413

P. SIMLER, *Contrats et obligations, Cause, Absence de cause*, JurisClasseur Civil Code, art. 1131 à 1133

A. SOLAL, *Le crédit-bail immobilier*, *AJPI* 1974, p. 89

S. STIJNS, *Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire*, in H. COUSY, S. STIJNS, B. TILLEMAN et A. VERBEKE (dir.), *Droit des contrats. France, Belgique*, Larcier - LGDJ, 2005, p. 91

P. STOFFEL-MUNCK, *La réforme des contrats électroniques par la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *JCP éd. E*, 2004, n° 1341

J.-P. STORCK, *La validité des conventions extrastatutaires*, *D.* 1989, chron. p. 287

M. STORCK, *Dérogations à la résolution judiciaire. Les clauses résolutoires*, JurisClasseur Civil Code, art. 1184, fasc. 20

T

J.-J. TAISNE, *Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Caractères de la condition*, JurisClasseur Civil Code, art. 1168 à 1174

J.-J. TAISNE, *Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Mécanisme de la condition*, JurisClasseur Civil Code, art. 1175 à 1180

F.-X. TESTU, *Le juge et le contrat d'adhésion*, *JCP éd. G* 1993, I, 3673

B. TEYSSIE, *Les clauses de résiliation et de résolution*, *Cah. dr. entr.* 1975, n° 1, p. 13

B. TEYSSIE, *Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause du contrat*, *D.* 1976, chr., p. 281

B. THULLIER, *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises, moins de pouvoirs pour le juge*, *D.* 2006, p. 130

O. TOURNAFOND, *Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français*, *D.* 2008, pp. 2607-2608

V

A. VAISSIERE, *À propos de la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée*, *RLD civ.* 2006, n° 29, p. 70

X. VAMPARYS, *Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires*, *Bull. Joly Sociétés*, 2005 n° 7, p. 820

A. VAN EECKHOUT, *La durée du préavis de rupture d'une relation d'affaires*, *RDC* 2005, p. 491

M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat, La résolution du contrat sur base de l'inexécution anticipée*, RDAI 2002, n° 3/4, p. 414

G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950, I, 851

G. VINEY, *La responsabilité contractuelle en question*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921

G. VIRASSAMY, *Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié*, JCP éd. E 1992, n° 15, 137

W

P. WAQUET, *Les objectifs*, Dr. soc. 2001, p. 120

V. WESTER-OUISSE, *La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer*, JCP éd. G 2001, I, 290

S. WHITTAKER, *Les sanctions de l'inexécution, Droit anglais*, in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 977

C. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, in P. REMY-CORLAY ET D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 175

IV. CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

A

P. ALAPHILIPPE, note sous :

Cass. soc., 16 déc. 1998, D. 2000, jur., p. 30

S. AMRANI-MEKKI, obs. sous :

Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, D. 2006, pan., p. 2641

Cass. com., 27 mars 2007, D. 2007, p. 2970

Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, JCP éd. G 2008, I, 138, n° 9

C. ATIAS, note sous :

Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, D. 1989, jur., p. 352

J.-L. AUBERT, obs. sous :

- Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1976, *Defrénois* 1977, p. 921
- Cass. 3^{ème} civ., 4 déc. 1985, *Defrénois* 1986, p. 1103
- Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987, *Defrénois* 1988, p. 376
- Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1998, *Defrénois* 1998, p. 691
- Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *Defrénois* 2004, p. 1396
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *Defrénois* 2006, p. 1194

G. AUZERO, obs. sous :

- Cass. soc., 27 sept. 2007, *RDT* 2007, p. 650

V. AVENA-ROBARDET, notes et obs. sous :

- Cass. 1^{ère} civ., 7 juil. 1998, *D. aff.* 1998, p. 1527
- CA Versailles, 4 févr. 2004, *D.* 2004, p. 635
- Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 (3 esp.), *D.* 2004, p. 947
- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, *D.* 2005, p. 640
- Comm. clauses abusives, avis n° 05-01, n° 05-02 et n° 05-03 du 24 février 2005, *D.* 2005, p. 1285
- CJCE, 26 oct. 2006, *D.* 2006, p. 2910

L. AYNES, obs. et notes sous :

- Cass. 3^{ème} civ., 4 janvier 1995, *D.* 1995, somm. comm., p. 236
- Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, *Defrénois* 1995, p. 418
- Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996, p. 13
- Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 273
- Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC* 2007, p. 1107

B

J.-F. BARBERI, notes sous :

- Cass. com., 22 mai 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 827
- Cass. com., 17 juin 2008 (arrêts n° 716 et n° 718), *Rev. sociétés* 2008, p. 826

A.-S. BARTHEZ, note sous :

- Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1999, *JCP éd. G* 2000, II, 10309

M. BEHAR-TOUCHAIS, obs. sous :

Cass. com., 8 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 392

Cass. com., 2 déc. 2008, *RDC* 2009, p. 647

Cons. const., 13 janv. 2011, *RDC* 2011, p. 538

E.-M. BEY, notes sous :

Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 1980, *JCP éd. G* 1981, II, 19655

Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, *JCP éd. G* 1989, II, 21171

Cass. com., 11 juill. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 375

M. BILLIAU, notes sous :

Cass. soc., 28 oct. 1992, *JCP éd. G* 1993, I, n° 3660

Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 1994, *JCP éd. G* 1995, I, 3843, n° 1

T. BONNEAU, obs. et note sous :

Cass. com., 12 mars 1996, *Dr. sociétés* 1996, comm. 96

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *Dr. sociétés* 1999, comm. n° 32

Cass. 3^{ème} civ., 30 janv. 2002, *JCP éd. E* 2002, n° 23, p. 890

S. BORGHETTI, obs. sous :

Cass. com., 6 févr. 2007, *RDC* 2007

Cass. soc., 5 juin 2008, *RDC* 2008, p. 1158

Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2008, *RDC* 2009, p. 88

A. BORIES, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *D.* 2005, p. 1009

A. BUGADA, note sous :

Cass. soc., 27 sept. 2007, *JCP éd. S* 2007, 1934

F. BUY, note sous :

Cass. com., 3 mai 2012, *JCP éd. G* 2012, n° 764, p. 1263

Cass. com., 29 janv. 2013, *JCP éd. E* 2013, 1225

Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *JCP éd. G* 2013, n° 24, p. 673

C

J.-J. CAUSSIN, F. DEBOISSY ET G. WICKER, obs. sous :

Cass. com., 8 mars 2005, *JCP éd. E* 2005, 1171

Cass. com., 23 oct. 2007, *JCP éd. E* 2008, 1280

B. CAVALIE, note sous :

CA Versailles, 10 sept. 2009, *RLD civ.* 2009, n° 66, p. 7

C. CHABAS, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 30 oct. 2008, *JCP éd. E* 2009, II, 10052

F. CHABAS, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1982, *JCP éd. G* 1984, II, 20215

M. CHAGNY, notes sous :

Cass. com., 2 déc. 2008, *JCP éd. G* 2009, I, 138

Cons. const., 13 janv. 2011, *D.* 2011, p. 392

C. CHAMPAUD ET D. DANET, obs. sous :

CA Montpellier, 28 mai 2002, *RTD com.* 2003, p. 521

CA Paris, 14 déc. 2004, *RTD com.* 2005, p. 355

Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p. 146

Cass. com., 13 juill. 2010, *RTD com.* 2011 p. 727

E. CHEVRIER, notes sous :

Cass. 2^{ème} civ., 6 oct. 2005, *D.* 2005, p. 2677

Cass. com., 6 févr. 2007, *D.* 2007, p. 653

F. COLLART DUTILLEUL, obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2002, *RDC* 2003, p. 99

M.-L. COQUELET, notes sous :

CA Versailles, 10 sept. 2009, *Dr. sociétés* 2010, comm. n° 21

CA Grenoble, 16 sept. 2010, *Dr. sociétés* 2011, comm. 125

G. CORNU, obs. sous

Cass. 3^{ème} civ., 22 févr. 1968, *RTD civ.* 1968, p. 735

Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 1972, *RTD civ.* 1973, p. 144

Cass. 3^{ème} civ., 15 déc. 1976, *RTD civ.* 1977, p. 340

D. CORRIGNAN-CARSIN, notes sous :

Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *JCP éd. E* 1999, p.

Cass. soc., 27 sept. 2007, *JCP éd. S* 2007, II, 10188

A. COURET, notes sous :

CA Versailles, 17 oct. 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 283

CA Paris, 25 janv. 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 413

Cass. com. 5 mai 2009, *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p 729, § 147

Cass. com., 19 janv. 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 165

CA Paris, 26 janv. 2010, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 445

D

Y. DAGORNE-LABBE, obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 3 mars 1993, *Defrénois* 1993, p. 927

Cass. 3^{ème} civ., 24 fév. 1999, *Defrénois* 1999, p. 983

Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *JCP éd. G* 2002, II, 10067

Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 (3 esp.), *JCP éd. G* 2004, II, 10129

Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2006, *Defrénois* 2006, p. 1495

Cass. Ass. plén., 4 avril 2008, *Defrénois* 2008, p. 1829

J.-J. DAIGRE, notes sous :

Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 584

Cass. com., 22 mai 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1065

A. DEBET, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, *Comm., com. électr.* 2008, n° 1, comm. n° 7

F. DEBOISSY ET G. WICKER, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, *JCP éd. E* 2009, 1767

P. DELEBECQUE, notes et obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1992, *D.* 1993, somm. comm., 213

Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Defrénois* 1996, p. 747

Cass. 3^{ème} civ., 26 juin 1996, *Defrénois* 1996, 1359

Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 1996, *Defrénois* 1996, 1015
Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, *Defrénois* 1998, p. 104
Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *D.* 1999, somm. comm., p. 115
Cass. com., 15 févr. 2000, *D.* 2000, somm., p. 364

P. DELEBECQUE et P. SIMLER, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995, *JCP éd. G* 1995, I, 3851

X. DELPECH, notes et obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2005, *D.* 2005, p. 2218
Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2005, *D.* 2005, p. 2670
Cass. com., 20 mars 2007, *D.* 2007, p. 1013
Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 1955
Cass. com., 5 juin 2007, *D.* 2007, p. 1723

R. DEMOGUE, obs. sous :

Cass. req., 3 mai 1937, *RTD civ.* 1937, p. 620
T. com Le Havre, 24 nov. 1934, *RTD civ.* 1935, p. 647

J.-M. DESACHE, comm. sous :

Cass. com., 26 févr. 2013, *JCP éd. E* 2013, 1520

B. DONDERO, notes sous :

Cass. com. 5 mai 2009, *D.* 2009, p. 2195
Cass. com., 19 janv. 2010, *Gaz. Pal.* 21 avr. 2010, p. 19
Cass. com., 13 juill. 2010, *D.* 2010, p. 2880
Cass. com., 4 déc. 2012, *JCP éd. E* 2013, 1000
Cass. com., 14 mai 2013, *D.* p. 2319

E

A. ETIENNEY DE SAINTE-MARIE, note sous :

Cass., com. 3 mai 2012, *D.* 2012, p. 1719

F

B. FAGES, obs. et notes sous :

CA Versailles, 15 sept. 2005, *JCP éd. G* 2006, II, n° 10029

Cass. com., 10 juill. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 773
Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2007, *RTD civ.* 2008, p. 103
Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2008, *RTD civ.* 2008, p. 675
Cass. com., 9 juin 2009, *RTD civ.* 2009, p. 719
Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *RTD civ.* 2010, p. 105
Cass. com., 29 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 782
Cons. const., 13 janv. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 121

D. FENOUILLET, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2004, *RDC* 2005, p. 732
Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, *RDC* 2005, p. 721
Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2008, *RDC* 2009, p. 564

D. FERRIER, obs. sous :

Cass. com., 13 mai 1997, *D.* 1998, somm. comm., p. 339
Cass. com., 12 mai 2004, *D.* 2005, p. 150

G

J.-P. GARÇON, notes sous :

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *JCP éd. E* 1999, 1395
Cass. com., 20 mars 2012, *JCP éd. E* 2012, 1569

P.-Y. GAUTIER, obs. et notes sous :

Cass. soc., 18 mars 1992, *RTD civ.* 1992, p. 590
Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 312
Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, jur., p. 1844
Cass. 3^{ème} civ., 10 mars 2008, *RTD civ.* 2008, p. 688
Cass. com., 29 janv. 2013, *RTD civ.* 2013, p. 397

T. GENICON, notes et obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 2008, *RDC* 2009, p. 70
Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2485
Cass. com., 4 oct. 2011, *RDC* 2012, p. 64
Cass. com., 10 févr. 2009, Cass. com., 30 juin 2009 et Cass. com., 15 sept. 2009, *RDC* 2010, p. 44

Cass. 3^{ème} civ., 17 févr. 2010, *RDC* 2010, n° 3, p. 818

Cass. 1^{ère} civ., 17 févr. 2011, *RDC* 2011, p. 382

J. GHESTIN, notes sous :

CA Paris, 6 déc. 1969, *JCP éd. G* 1971, II, 16796

Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 1979, *D.* 1980, p. 262

Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *JCP éd. G* 1996, II, 22565

G. GOUBEAUX, note sous :

CA Paris, 15 mars 1974, *JCP éd. G* 1974, II, 17786

O. GOUT, notes sous :

Cass. 1^{ère} civ., 10 juil. 2002, *D.* 2003, p. 549

Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, *JCP éd. G* 2001, II, 10477

Y. GUYON, note sous :

Cass. 3^{ème} civ., 10 juin 1980, *D.* 1980, p. 566

H

J.-C. HALLOUIN, obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *D.* 2000, somm. comm., p. 237

D. HOUTCIEFF

Cass. com., 10 juill. 2007, *JCP éd. G* 2007, II, 10154

Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 2009, *Gaz. Pal.* 6 janv. 2010, p. 22

Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *Gaz. Pal.* 4 juill. 2013, p. 18, 136c6

H. HOVASSE, obs. et note sous :

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *Defrénois* 1999, p. 623

T. com. Paris, 17 oct. 2006, *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 137

Cass. com., 4 déc. 2007, *JCP éd. E* 2008, 1159

Cass. com., 13 juill. 2010, *Dr. sociétés* 2010, comm. n° 200

J

C. JAMIN, notes sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *D.* 1999, p. 197

Cass. 3^{ème} civ., 12 oct. 1994, *JCP éd. G* 1995, I, 3828, n° 11 à n° 15

Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1995, *D.* 1995, jur., p. 389

C. JAMIN ET M. BILLIAU, notes sous :

Cass. com., 6 mai 1997, *D.* 1997, jur. p. 588

Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, *D.* 2000, p. 256

M. JEOL, concl. sous :

Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *D.* 1996, p. 13

P. JOURDAIN, obs. sous :

Cass. com. 22 oct. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 439

Cass. civ. 2^{ème}, 11 oct. 2007, *RTD civ.* 2008, p. 111

K

J.-P. KARAQUILLO, note et obs. sous :

CA Rouen, 21 fév. 1991, *D.* 1991, jur., p. 614

Cass. soc., 16 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 397

Cass. soc., 9 janvier 2008, *D.* 2009, p. 148

L

F. LABARTHE, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 1996, *JCP éd. G* 1997, I, 4015

C. LACHIEZE, notes sous :

Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *JCP éd. G* 2004, II, 10108

Cass. com., 12 mai 2004, *JCP éd. E* 2004, n° 41, p. 1592

J. LAFOND, note sous :

Cass. 3^{ème} civ., 27 avr. 1988, *JCP éd. N* 1989, chr., p. 899

M. LAMOUREUX, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005, *JCP éd. E* 2006, n° 2743

Y.-M. LAITHIER, obs. sous :

Cass. com., 14 oct. 2008, *RDC* 2009, p. 56

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *RDC* 2010, p. 561

P. LE CANNU, notes sous :

Cass. com., 13 déc. 1994, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152

Cass. com., 8 mars 2005, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 995

Cass. com., 23 oct. 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 814

P. LE CANNU et H. MATHEZ, note sous :

Cass. com., 24 nov. 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 318

C. LEFRANC-HARMONIAUX, note sous :

CA Metz, 22 mars 2005, *D.* 2006, p. 489

S. LE GAC-PECH, note sous :

Cass. com., 29 juin 2010, *JCP éd. E* 2010, 2018

C. LE GALLOU, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, *RLD civ.* 2010, n° 68, p. 13

Cass. com., 29 janv. 2013, *RLD civ.* 2013, n° 103, p. 10

D. LEGEAIS, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 (3 esp.), *RTD com.* 2004, p. 358

Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2004, *RTD com.* 2005, p. 157

H. LE NABASQUE, obs. sous :

Cass. com., 6 mai 1997, *D.* 1998, somm. comm., p. 136

L. LEVENEUR, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 2 déc. 1992, *Contr., conc., consom.* 1993, comm. n° 41

Cass. com., 4 mai 1993, *Contr., conc., consom.* 1993, comm. n° 171

Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Contr., conc., consom.* 1996, n° 1

Cass. com., 22 oct. 1996, *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 24

Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 42

Cass. com., 6 mai 1997, *Contr., conc., consom.* 1997, n° 146

Cass. 3^{ème} civ., 7 mai 1997, *Contr., conc., consom.* 1997, comm. n° 144

Cass. 3^{ème} civ., 24 fév. 1999, *Contr., conc., consom.* 1999, comm. n° 85

Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, *Contr., conc. consom.*, 2001, comm. n° 19

Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2001, *Contr., conc., consom.* 2001, comm. n° 69

Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 2003, *Contr., conc., consom.* 2003, comm. n° 71

Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 4
Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *Contr., conc. consom.* 2004, n° 53
Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *Contr., conc., consom.* 2004, comm. n° 55
Cass. com., 12 mai 2004, *Contr., conc. consom.* 2004, comm. n° 104
Cass. com., 14 déc. 2004, *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 61
Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, *Contr., conc., consom.* 2006, comm. n° 43
Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, *Contr., conc., consom.* 2007, comm. n° 273
Cass. com., 10 févr. 2009, *Contrats, conc. consom.* 2009, n° 123

R. LIBCHABER, obs. sous :

Cass. com. 22 oct. 1996, *D.* 1997, somm. comm., p. 173
Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *Defrénois* 2002, p. 251
Cass. ass. plén., 17 mai 2002, *Defrénois* 2002, p. 1234
Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *Defrénois* 2004, art. 37894, n° 24
Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 2008, *Defrénois* 2008, p. 2499

A. LIENHARD, notes et obs. sous :

Cass. com., 8 mars 2005, *D.* 2005, p. 839
Cass. com., 4 déc. 2007, *D.* 2008, AJ, p. 16
Cass. com., 17 juin 2008 (2 esp.), *D.* 2008, p. 1818
Cass. com. 5 mai 2009, *D.* 2009, p. 1349
CA Versailles, 10 sept. 2009, *D.* 2009, p. 2220
Cass. com., 15 déc. 2009, *D.* 2010, p. 11
Cass. com., 13 juill. 2010, *D.* 2010, p. 1868
Cass. com., 4 déc. 2012, *D.* 2013, p. 147

P. LOKIEC, NOTE SOUS :

Cass. soc., 9 nov. 2011, *JCP éd. G* 2012, n° 57, p. 95

L. LORVELLEC, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 1976, *RD rur.* 1977, p. 206
Cass. 1^{ère} civ., 18 mars 1981, *RD rur.* 1982, p. 93

F.-X. LUCAS, notes et obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 436

CA Montpellier, 28 mai 2002, *Dr. bancaire et fin.* 2003, comm. 115
Cass. com., 8 mars 2005, *RDC* 2006, p. 449
Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 66
Cass. com., 4 déc. 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 49, p. 216
Cass. com., 17 juin 2008 (2 esp.), *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 206, p. 965
Cass. com., 4 mai 2010, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 137, p. 660
Cass. com., 4 déc. 2012, *Bull. Joly Sociétés* 2013, § 98, p. 230

M

D. MAINGUY, notes sous :

Cass. com., 25 sept. 2007, *JCP éd. E* 2008, n° 20, p. 23
Cass. com., 2 déc. 2008, *JCP éd. E* 2009, 1479
Cons. const., 13 janv. 2011, *JCP éd. E* 2011, 1136
Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *JCP éd. E* 2013, n° 27, p. 1403

D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, note sous :

Cass. com., 31 janv. 2006, *JCP éd. E* 2007, 1348

P. MALAURIE, notes sous :

Cass. com., 14 juin 1988, *D.* 1989, p. 89
Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1988, *D.* 1989, jur., p. 205
Cass. 3^{ème} civ., 22 nov. 1995, *D.* 1996, p. 604

M. MALAURIE-VIGNAL, obs. sous :

Cass. 2^{ème} civ., 6 oct. 2005, *Contr., conc., consom.* 2006, comm. n° 34
Cass. com., 28 janv. 2008, *Contr., conc., consom.* 2008, comm. n° 96

A. MARTIN-SERF, obs. sous :

Cass. com., 8 mars 2005, *RTD com.* 2005, p. 599

N. MATHEY, note et obs. sous :

Comm. clauses abusives, avis n° 05-02 du 24 février 2005, *JCP éd. E* 2005, p. 1978
Cass. com., 10 nov. 2009, *Contr., conc., consom.* 2010, comm. n° 93
CA Chambéry, 8 juill. 2010, *Contr., conc., consom.* 2010, comm. n° 248
Cass., com., 24 mai 2011, *Contr., conc., consom.* 2011, comm. n° 161
CA Metz, 30 juin 2011, *Contr., conc., consom.* 2011, comm. n° 212

Cass. com., 2 nov. 2011, *Contr., conc., consom.* 2012, comm. n° 11

D. MAZEAUD, obs. et notes sous :

Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 1995, *D.* 1995, somm. comm., p. 230

Cass. com., 22 oct. 1996, *Defrénois* 1997, p. 333

Cass. Com. 14 janv. 1997, *Defrénois* 1997, p. 744

Cass. com., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, p. 977

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 1997, *D.* 1998, p. 110

Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *Defrénois* 1999, p. 374

Cass. 1^{ère} civ., 16 févr. 1999, *Defrénois* 2000, p. 248

Cass. 1^{ère} civ., 13 avr. 1999, *Defrénois* 1999, p. 1001

Cass. com., 15 févr. 2000, *Defrénois* 2000, p. 1118

Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2000, *D.* 2001, p. 1136

Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, *D.* 2001, p. 1137

Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *D.* 2002, p. 2839

Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 2001, *D.* 2002, p. 71

Cass. 3^{ème} civ., 15 janv. 2003, *RDC* 2003, p. 45

Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, *RDC* 2004, p. 277

Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, *RDC* 2006, p. 700

Cass. com., 27 mars 2007, *RDC* 2008, p. 231

Cass. com., 10 juill. 2007, *RDC* 2007, p. 1110

Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2008, *RDC* 2009, p. 60

Cass. com., 9 juin 2009, *RDC* 2009, p. 1345

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *RDC* 2010, p. 564

Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 2481

Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *D.* 2013, p. 1658

M. MEKKI, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005, *D.* 2006, p. 587

L. MERLAND, comm. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2006, *RLD civ.* 2008, n° 50, p. 73

J. MESTRE, obs. sous :

- Cass. 1^{ère} civ., 21 mars 1984, *RTD civ.* 1985, p. 381
Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 1984, *RTD civ.* 1985, p. 372
CA Paris, 13 déc. 1984, *RTD civ.* 1986, p. 97
Cass. com., 23 avr. 1985 *RTD civ.* 1986, p. 106
Cass. 3^{ème} civ., 4 déc. 1985 *RTD civ.* 1987, p. 98
Cass. soc., 14 mai 1987, *RTD civ.* 1988, p. 531
Cass. 3^{ème} civ., 22 juill. 1987, *RTD civ.* 1988, p. 121
Cass. com., 14 juin 1988, *RTD civ.* 1989, p. 299
CA Aix-en-Provence, 15 juin 1988, *RTD civ.* 1989, p. 542
CA Paris, 21 juin 1989, *RTD civ.* 1990, p. 278
Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 1989, *RTD civ.* 1991, p. 333
CA Paris, 19 juin 1990, *RTD civ.* 1992, p. 92
Cass. 3^{ème} civ., 5 juin 1991, *RTD civ.* 1992, p. 92
Cass. com., 2 juill. 1991, *RTD civ.* 1992, p. 93
Cass. com. 17 déc. 1991, *RTD civ.* 1992, p. 763
Cass. soc., 28 oct. 1992, *RTD civ.* 1993, p. 355
CA Paris, 25 janv. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 158
Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 153
Cass. com., 5 mars 1996 (1^{ère} esp.), *RTD civ.* 1996, p. 904
Cass. com., 12 mars 1996, *RTD civ.* 1996, p. 897
Cass. com., 22 oct. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 416
Com. 14 janv. 1997, *RTD civ.* 1997, p. 427
Cass. com., 6 mai 1997, *RTD civ.* 1997, p. 936
Cass. com., 13 mai 1997, *RTD civ.* 1998, p. 101
Cass. 1^{ère} civ., 27 mai 1997, *RTD civ.* 1998, p. 104
Cass. 1^{ère} civ., 5 mai 1998, *RTD civ.* 1998, p. 901
Cass. com., 3 mars 2004, *RLD civ.* 2004, n° 5, p. 3, édito

J. MESTRE ET B. FAGES, obs. sous :

- Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 394
Cons. const., 9 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 109

Cass. com., 15 février 2000, *RTD civ.* 2000, p. 325
Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2000, *RTD civ.* 2000, p. 830
CJCE, 27 juin 2000, *RTD civ.* 2001, p. 878
Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 135
Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 352
Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2001, *RTD civ.* 2001, p. 589
Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 584
Cass. com., 25 avr. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 99
Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001, *RTD civ.* 2001, p. 590
Cass. com., 3 juill. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 99
Cass. 1^{ère} civ., 17 juillet 2001 *RTD civ.* 2002, p. 91
Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 97
Cass. 1^{ère} civ., 8 janv. 2002, *RTD civ.* 2002, p. 297
Cass. com., 8 oct. 2002, *RTD civ.* 2003, p. 503
Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 501
Cass. 3^{ème} civ., 24 sept. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 707
Cass. com., 8 oct. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 92
Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 734
Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 393
Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 734
Cass. soc., 12 juill. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 308
Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 2005 *RTD civ.* 2006, p. 114
Cass. com., 22 nov. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 302
Cass. 1^{ère} civ., 13 déc. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 557
Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 347
Cass. com., 6 févr. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 343

J. MONNET, obs. sous :

CA Montpellier, 28 mai 2002, *Dr. sociétés* 2003, comm. n° 92

Cass. com., 8 mars 2005, *Dr. sociétés* 2005, comm. n° 117

M.-H. MONSERIE-BON, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 797, n° 385

M.-H. MONSERIE-BON ET L. GROSCLAUDE, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p. 560

Cass. com. 5 mai 2009, *RTD com.* 2009, p. 581

R. MORTIER, notes et obs. sous :

CA paris, 14 nov. 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 47

Cass. com., 4 déc. 2007, *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 23

Cass. com., 17 juin 2008 (2 esp.), *Dr. sociétés* 2008, comm. n° 176

Cass. 1^{ère} civ., 13 nov. 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. 25

CA Paris, 9 déc. 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. 93.

Cass. com. 5 mai 2009, *Dr. sociétés*, 2009, comm. n° 114

Cass. com., 27 avr. 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 876, n° 460

CA Aix-en-Provence, 22 nov. 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 318, n° 183

Cass. com., 4 déc. 2012, *Dr. sociétés* 2013, comm. n° 41

J. MOULY, notes sous :

Cass. soc., 18 mars 1992, *JCP éd. G* 1992, II, 21953

Cass. soc., 27 mai 1992, *JCP éd. E* 1992, II, p. 379

CA Versailles, 3 nov. 1992, *D.* 1994, jur., p. 284

Cass. soc., 5 juil. 1995, *D.* 1996, p. 280

Cass. soc., 18 nov. 1998, *D.* 1999, p. 443

Cass. soc., 16 déc. 1998, *JCP éd. E* 1999, 1298

Cass. soc., 12 juil. 2005, *D.* 2006, p. 344

Cass. civ. 2^{ème}, 11 oct. 2007, *D.* 2008, p. 582

Cass. soc., 22 juin 2011, *Dr. soc.* 2011, p. 1122

J. MOURY, notes sous :

Cass. com., 4 déc. 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 341

Cass. com. 5 mai 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 503

Cass. com., 24 nov. 2009, *Rev. sociétés* 2010, p. 21

Cass. com., 4 déc. 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 330

P. MOUSSERON, note sous :

Cass. com., 19 janv. 2010, *JCP éd. E* 2010, 1656

CA Grenoble, 16 sept. 2010, *JCP éd. G* 2011, 273

C. NOBLOT, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *D.* 2004, jur., p. 903

P

Y. PACLOT, notes sous :

Cass. com., 13 déc. 1994, *JCP éd. E* 1995, II, 705

Cass. com., 12 mars 1996, *JCP éd. E* 1996, II, 831

Cass. com., 23 oct. 2007, *D.* 2008, p. 47

G. PAISANT, notes et obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 1984, *JCP éd. G* 1985, II, 20555

CJCE, 21 nov. 2002, *JCP éd. G* 2003, II, 10082

Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} févr. 2005, *JCP éd. G* 2005, II, 10057

CJCE, 4 oct. 2007, *JCP éd. G* 2008, II, 10031

CJCE, 4 juin 2009, *JCP éd. G* 2009, n° 42, 336

Y. PICOD, notes sous :

Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987, *JCP éd. G* 1987, II, 21037

CA Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p. 515

Cass. com., 4 juin 2002, *D.* 2003, p. 904

Cons. const., 13 janv. 2011, *D.* 2011, p. 415

S. PIEDELIEVRE, notes sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1998, *JCP éd. N* 1998, p. 1667

Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2004, *Gaz. Pal.* 7 juin 2005, n° 158, p. 25

S. PIMONT, note sous :

Cass. Ass. plén., 4 avril 2008, *RDC* 2009, p. 151

D. PORACCHIA, obs. sous :

Cass. com., 8 mars 2005, *Dr. et patr.* 2005, n°, 143, p. 91

Cass. com., 23 oct. 2007, *RTDF* 2007, n° 4, p. 115

Cass. com., 4 déc. 2007, *Dr. et patr.* 2008, n° 171, p. 102

Cass. com., 13 juill. 2010, *Dr. et patr.* 2011, p. 82

R

D. RANCOUX, notes sous :

Cass. com., 8 mars 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 618

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 1998, *JCP éd. N* 1999, p. 725

G. RAYMOND, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, *Contr., conc., consom.* 2000, comm. n° 116

CJCE, 4 oct. 2007, *Contr., conc., consom.* 2007, comm. n° 310

Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 1995, *Contr., conc., consom.* 1995, comm. n° 209

Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2004, *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 35

TGI Paris, 5 avr. 2005, *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 140

Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 2009, *Contr., conc., consom.* 2009, comm. n° 88

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, *Contr., conc., consom.* 2005, comm. n° 199

J. RAYNARD, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 506

P. REIGNE, notes sous :

Cass. 1^{ère} civ., 3 juill. 1996, *D.* 1997, p. 500

Cass. 1^{ère} civ., 3 déc. 1996, *JCP éd. G* 1997, II, 22815

P. REMY, notes sous :

Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 1983, *RTD civ.* 1984, p. 118

Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 1984, *RTD civ.* 1985, p. 592

Cass. com., 27 mars 1990, *RTD civ.* 1990, p. 515

D. ROCHARD, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 15 juil. 1999, *JCP éd. N* 2000, p. 42

J. ROCHFELD, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, *JCP éd. G* 2001, I, 330, n° 5

Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001, *JCP éd. G* 2002, I, 134

Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} févr. 2005, *JCP éd. G* 2005, I, 141, n° 15

C. RONDEY, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 15 févr. 2000, *D.* 2000, p. 275

Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} févr. 2005, *D.* 2005, AJ, P. 487

P. ROUSSEL-GALLE, obs. sous :

CA Paris, 12 janv. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 189, n° 1

Cass. com. 19 mai 2004, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 227, n°

Cass. com., 7 déc. 2004, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 41, n° 2

Cass. com., 13 juin 2006, *Rev. proc. coll.* 2008, p. 75, n° 1

P. ROUSSEL-GALLE et F. PEROCHON, obs. sous :

Cass. com., 15 déc. 2009, *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 60

C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. sous :

Cass. soc., 16 déc. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 285

L. RUET, notes sous :

Cass. 3^{ème} civ, 3 oct. 2007, *Defrénois* 2008, art. 38712, p. 197

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *Defrénois* 2010, art. 39084, p. 593

N. RZEPECKI, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1998, *JCP éd. G* 1999, II, 10133

S

J. SAINTE-ROSE, concl., avis et note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, *JCP éd. G* 1998, II, 10115

Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004, *JCP éd. G* 2004, II, 10155

Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006, *PA* 25 sept. 2006, p. 6

J. SAVATIER, obs. sous

Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 864

Cass. Ass. plén., 6 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 94

Cass. soc., 18 nov. 1998, *Dr. soc.* 1999, p. 192

E. SAVAUX, note et obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2000, *Defrénois* 2001, p. 1425

Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2002, *Defrénois* 2002, p. 1257

Cass. com., 10 juill. 2007, *Defrénois* 2007, p. 1454

Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, *Defrénois* 2008, p. 1457

Cass. com., 29 juin 2010, *RDC* 2011, p. 34

Y. SERINET, obs. sous :

Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004, *JCP éd. G* 2005, I, 141

Cass. com., 27 mars 2007, *JCP éd. G* 2007, II, 10119

Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, *RDC* 2008, p. 435

J.-B. SEUBE, obs. sous :

Cass. 3^{ème} civ., 30 avr. 2003, *RDC* 2004, p. 365

Cass. 3^{ème} civ., 28 janv. 2004, *RDC* 2004, p. 711

Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 2008, *RDC* 2009, p. 841

Cass. 3^{ème} civ., 9 déc. 2009, *RDC* 2010, p. 666

Cass. 3^{ème} civ., 15 sept. 2010, *RDC* 2011, p. 173

Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, *JCP éd. G* 2013, p. 674

D. SCHMIDT, obs. sous :

Cass. com., 23 oct. 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 101

P. SIMLER, obs. sous :

Cass. com., 2 mars 1993, *JCP éd. G* 1993, I, 3680, n° 5

P. STOFFEL-MUNCK, notes et obs. sous :

CA Versailles, 4 févr. 2004, *Comm. com. électr.* 2004, n° 5, comm. n° 57

Cass. com., 12 mai 2004, *RDC* 2004, p. 943

TGI Paris, 5 avr. 2005, *Comm. com. électr.* 2005, comm. n° 104

CA Versailles, 15 sept. 2005, *Comm. com. électr.* 2005, n° 11, comm. n° 171

TGI Nanterre, 9 févr. 2006, *Comm. com. électr.* 2006, n° 9, comm. n° 126

Cass. com., 10 juill. 2007, *D.* 2007, jur., p. 2839 et *Dr. et patr.* 2007, n° 94

Cass. civ. 2^{ème}, 11 oct. 2007 *JCP éd. G* 2008, I, 125, n° 3

Cass. com., 18 déc. 2007, *JCP éd. G* 2008, I, 125, n° 13

T

V. TELLIER, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 16 mars 2004 (3 esp.), *PA* 30 juin 2004, p. 12

V

A. VIANDIER, note sous :

Cass. com., 23 oct. 2007, *JCP éd. E* 2007, 2433

A. VIANDIER ET J.-J. CAUSSAIN, notes sous :

CA Montpellier, 17 déc. 1992, *JCP éd. E* 1993, I, p. 215

N. VIGNAL, note sous :

Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 2004, *RLD civ.* 2004, n° 4, comm. n° 123

G. VINEY, obs. sous :

Cass. com., 22 oct. 1996, *JCP éd. G* 1997, I, 4025, n° 17

Cass. com., 13 janv. 2009, *RDC* 2009, p. 1053

G. VIRRASSAMY, note sous :

Cass. 3^{ème} civ., 27 nov. 1996, *JCP éd. G* 1997, I, 4039

W

L. WEILLER, comm. sous :

Cass. Ass. plén., 21 déc. 2007, *JCP éd. G* 2008, II, 10006

G. WICKER, note sous :

Cass. com., 14 janv. 1997, *RJ com.* 1998, p. 178

C. WILLMANN, note sous :

Cass. com. 14 oct. 1997, *D.* 1999, p. 103.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus de droit :

- clause résolutoire (mise en œuvre) : 819
- et bonne foi : 580 ; 862
- et droit potestatif : 331
- droit de licencier : 429 ; 824 ; 838
- majorité (abus de) : 715
- mutuus dissensus (refus du) : 121
- non renouvellement du contrat : 112
- résiliation unilatérale : 12 ; 578 et s. ; 590 et s. ; 857 et s.
- révocation du mandat : 146 ; 149 ; 234

Absence de droit de sortie : 13 ; 234 ; 822 ; 832 et s. ; 855 et s.

Acte unilatéral :

- caractère réceptice : 563 ; 568
- exercice de la sortie : 883
 - décision de sortie : 551 et s. ; 563 et s.
 - notification de la sortie : 569 et s. ; 734
- irrégularité :
 - caractérisation : 813 et s.
 - sanction : 849 et s.
- mise en demeure : v° Mise en demeure
- motivation de l'acte : 420 et s. ; 527 ; 531 et s. ; 816
- prise d'effets : 734 et s.

Adaptation du contrat : 33 ; 497 ; 818

Adhésion : 258 et s. ; 280 ; 297 ; 497

Alignement (sur une offre concurrente) : 536 et s.

Analyse fonctionnelle : 33 ; 45 et s. ; 176

Anéantissement en cascade : 786 et s.

Anticipatory breach : 196

- v° Clause (de résolution par anticipation)

Assurance (contrat d') : 62 ; 143 ; 436 ; 589 ; 641

Association (exclusion) : 224 et s.

Automaticité :

- et droit potestatif : 322 ; 330
- jeu de la caducité : 796

- jeu de la clause : 235 ; 333 ; 388 ; 489 ; 537 ; 566 et s. ; 736 et s.
- jeu de la condition : 357 et s.
- jeu de « plein droit » : 556
- jeu du terme extinctif : 93 ; 110 ; 112 ; 586

Avant-projets de réforme du droit des obligations : 12 ; 28 ; 58 et s. ; 177 ; 258 ; 379 ; 383 ; 407 ; 419 ; 427 ; 785

B

Bail :

- Bail commercial :
 - cession du bail : 673
 - délais de grâce : 873
 - et crédit-bail : 291
 - et procédure collective : 868
 - préavis : 589
 - réglementation des clauses de sortie : 436
 - renouvellement : 112 ; 512
- Bail d'habitation :
 - congé : 137 et s. ; 327 ; 589 ; 851
 - faculté légale de sortie : 62 ; 133 et s.
 - réglementation des clauses de sortie : 436
- Bail rural : 62 ; 273 ; 436

Bonne foi du cocontractant : 864

C

Caducité : 154 ; 793 et s.

Cause (du contrat) : 55 et s.

Cautionnement : 211 ; 284 ; 506 ; 510 ; 676 ; 867

Cession de position contractuelle : 257 ; 260 ; 436 ; 672 et s.

Clause (notion) : 23 et s. ; 41 et s.

Clause :

- abusive : 467 et s.
- anglaise : v° de meilleure offre (Clause)
- *buy or sell* : 24 ; 228 ; 238
- d'entraînement : 228
- d'évaluation : 682 et s.

- d'exclusion : 224 et s. ; 350 ; 601 ; 682 et s.
- d'imprévision : 206 ;
- d'indemnité de sortie : 610 et s.
- d'indivisibilité : 206 ; 799 et s.
- d'objectifs : 192 et s.
- d'offre concurrente : v° de meilleure offre (Clause)
- de cession de position contractuelle : 674 et s. ; 886
- de déchéance du terme : 201 ; 210 et s. ; 284 ; 350 ; 403 ; 425 ; 486 et s. ; 541 ; 627 ; 824 ; 838 ; 867 ; 871
- de dédit : 22 ; 337 ; 457
- de divisibilité : 789
- de force majeure : 206
- de *hardship* : v° d'imprévision
- de meilleure offre : 206 ; v° Alignement
- de non-concurrence : 772 ;
- de quotas : 359 ; v° d'objectifs (Clause)
- de remboursement anticipé : 217 et s.
- de rendement : v° d'objectifs (Clause)
- de résiliation : 200 et s.
- de retrait : 237 et s.
- de retrait imposé : v° d'exclusion (Clause)
- de sortie conjointe : 242 ; v° de retrait (Clause)
- de sortie imposée : v° d'exclusion (Clause)
- de valorisation : v° d'évaluation (Clause)
- *drag along* : v° d'entraînement (Clause)
- pénale : 309 ; 508 ;
 - et indemnité de sortie (distinction) : 279 ; 457 et s. ; 610 et s.
- de résolution par anticipation : 195 et s. ; v° résolutoire (Clause)
- résolutoire : 187 et s.
 - autonomie : 355 et s.
 - caractère pénal : 360 ; 374 et s.
- *tag along* : v° de sortie conjointe (Clause)

Cohérence : 653 ; 818 et s. ; 843

Commodat : 773

Comportement :

- du bénéficiaire de la clause (débitrice de l'obligation conditionnelle) : 411 ; 418 et s. ; v° Mauvaise foi du titulaire
- du cocontractant : 181 ; 470
- grave (résolution unilatérale) : 174 et s.

Condition (modalité de l'obligation) :

- casuelle : 373
- et inexécution : 357 et s.

- et terme (distinction) : 100 et s.
- extinctive : 372 et s.
- incertitude : 357 et s. ; 371 et s.
- mixte : 321 ; 418 et s.
- potestative : 395 et s.
- résolutoire : 11 ; 33 ; 378 et s. ; 552 ; 561 ; 748 ; 757

Conditions générales : 259 ; 263 et s.

Constatation du jeu de la clause : 776 ; 825 ; 838 ; 843

Contestation (valeur des parts sociales) : 682 et s. ; 712 et s.

Contradiction : v° Incohérence

Contradictoire (principe du) : 796 ; 853

Contrat :

- cause : v° ce mot
- durée : 25 et s. ; 84 et s.
- économie contractuelle : 33 ; 68 ; 93 ; 281 ; 382 ; 511 ; 632 ; 658 ; 759 et s. ; 778 ; 789 ; 884
- en cours (procédures collectives) : 436 ; 673 ; 868
- exécution :
 - instantanée : 9 ; 379 ; 384 ; 387 ; 424 ; 748 ; 797
 - échelonnée : 92
 - successive : 92 ; 207 ; 380 et s. ; 424 ; 750 ; 762
- force obligatoire : 48 ; 56 ; 70 ; 73 ; 84 ; 78 ; 117 ; 244 ; 283 ; 381 et s. ; 842
- interprétation : 109 ; 115 ; 228 ; 275 ; 279 et s. ; 449 et s. ; 622 ; 652 ; 664 ; 833
- maintien judiciaire : v° ce mot
- objet : 88 ; 103
- rupture (en général) : 6 et s.
- type (contrat-) : 259 et s. ;
 - intégration agricole : 299 ; 307 et s.
- utilité (globale ou continue) : 382 et s. ; 759
- valeur économique : 669 et s.

Crédit à la consommation : 482 et s.

Crédit-bail immobilier :

- faculté de résiliation : 288 et s.
- indemnité de résiliation : 635 ; 648 ; 660

Crédit immobilier : 144-145 ; 503 ; 511 ; 635 ; 641 ; 784

D

Déchéance du droit aux intérêts : 485 et s.

Déchéance du terme : 484 ; 495 ; 510 ; 541
· v° Clause (de déchéance du terme)

Dédit : 22 ; 663

Délai de préavis : 574 et s.
· durée : 598 et s.
· et faculté légale de sortie : 589 et s.
· fondement de l'exigence : 579 et s.
· portée de l'exigence : 583 et s.

Délai de forclusion (crédit à la consommation) : 487 et s.

Délai de prescription (crédit à la consommation) : 494 et s.

Délais de grâce : 871 et s.

Dommages et intérêts : 855 ; 860 et s.

Droit de rétractation : v° Dédit

Droit potestatif : 36 ; 320 et s. ; 410 et s. ; 515 ; 553 ; 887

Droit subjectif : 34 ; 323 et s.

Droits de la défense : 796 ; 853

Durée : v° Contrat (durée)

E

Economie contractuelle : v° Contrat (économie contractuelle)

Effet résolutoire : 380 et s. ; 634 ; 748 ; 762 ; 776 ; 882

Effet rétroactif : 169 ; 360 et s. ; 380 et s. ; 423 ; 634 ; 748 ; 750 et s. ; 776 et s. ; 797

Efficient breach of contract : 75 ; 206

Ensemble contractuel : 284-285 ; 780 et s.

Équilibre contractuel : 32 ; 59 ; 62 ; 68 et s. ; 124 ; 295 ; 424 ; 460 et s. ; 632 ; 659 ; 764 ; 778

Erreur : 73 ; 270 et s. ; 425

Estoppel : 820 ; 843 et s.

Exception d'inexécution : 810

Exécution : v° Contrat (exécution)

Exécution en nature : 849 et s.

Expert-évaluateur : 688 et s.

Expulsion : 711 ; 846

F

Facultés légales de sortie : 131 et s. ; 153 et s.

Faute (du sortant) : 809 et s.

Fonction des clauses de sortie : 45 et s.

Force de chose jugée : 139 ; 868

Force majeure : 63 ; 70 ; 157 ; 182 ; 309 ; 362 ; 370 ; 440 et s. ; 584 ; 595 ; 603 ; 809

Formalisme :

· offre de crédit : 483 et s.
· acte unilatéral : 566 et s. ; 734 ; 851 et s.

Futur (effets pour le) :

· résiliation : 16 ; 383 ; 748 et s.
· caducité : 797

G

Garantie :

· d'éviction : 679
· d'exécution : 495 ; 560 ; 676
· des vices cachés : 679
· fonction de (résolution) : 385 et s.
· obligation de : v° Obligation (de garantie)

Gravité de l'inexécution : 165 et s. ; 277-278 ; 443 ; 584 ; 860

H

Hardship : v° Imprévision

I

Imprévision : 71 et s.

· v° Clause (d'imprévision)

Imputabilité :

· de l'inexécution : 711 ; 825
· de la rupture : 174 et s.

Incohérence : 818 et s.

Indemnité d'immobilisation : 615 ; 675

Indemnité de sortie : 608 et s. ; 641
· v° Clause (d'indemnité de sortie)

Indivisibilité (entre les contrats) : 781 ; 788
· v° Clause (d'indivisibilité)

Information (du cocontractant) : 529 et s.

Intégration agricole (contrat d') : 296 et s.

Interdépendance : 781 ; 788

Intérêt contractuel : 50 et s.

Intuitu personae : 147 ; 206 ; 585 ; 595 ; 860

J

Juge des référés : 688 ; 694 ; 858

Justice :

· commutative : 62 ; 115 ; 385 ; 768

· distributive : 62

L

Liquidation judiciaire : 212 ; 436 ; 866 et s.

Liquidation amiable : 858

M

Maintien forcé du contrat : 836 et s.

Mandat : 146 et s.

Mandataire social (révocation) : 233 et s. ; 408

Manipulation du hasard : 428 et s. ; 821 et s.

Marché à forfait : 8 ; 62 ; 649

Mauvaise foi du sortant : 34 ; 234 ; 408 ; 418 ; 803 ; 815 et s.

Mise en demeure : 331 ; 362 ; 541 et s.

Modification du contrat :

· unilatérale (droit potestatif) : 316 et s. ; 514-515 ; 633

· judiciaire : v° Réfaction du contrat

Motivation : v° Acte unilatéral (motivation)

Mutuus dissensus : 10 ; 117 ; 121-122 ; 157

N

Négociation :

· absence de : v° Adhésion

· des conditions contractuelles de sortie : 142 ; 184 ; 253 et s. ; 630 ; 724

· du mutuus dissensus : 120

Neutralisation des effets de la clause de sortie : v° Privation des effets de la clause de sortie

Non-concurrence (obligation de) : v° Obligation (de non-concurrence)

Norme (contrat) : 23 ; 246 ; 328 ; 779 ; 831 ; 850

Notification : v° Acte unilatéral (notification de la sortie)

Nullité de la clause

· clause de sortie (condition potestative) : 423 et s.

· clause d'indemnité de sortie : 658

Nullité du contrat :

· contrat d'intégration agricole : 312-313

· crédit-bail immobilier : 292 ; 660

O

Objectifs (clause d') : v° Clause (d'objectif)

Ojection : 399 et s. ; 418 ;

Objet (du contrat) : v° Contrat (objet)

Obligation :

· accessoire : 89 ; 304

· conditionnelle : 104 ; 351 ; 392 ; 823

· de faire : 543 ; 852 ; 303

· de garantie : 772

· de motivation : v° Motivation

· de non-concurrence : 772

· de restitution : 89 ; 91 ; 211 ; 773

· post-contractuelle : 771 et s.

· principale : 385 ; 500 ; 510 ; 768

Organe sociétaire : : 227 et s. ; 796 ; 853

P

Pacte comissoire : 24 ; 188 ; 355 ; 557

· v° Clause (résolutoire)

Pacte extrastatutaire : 222 et s. ; 685 ; 720 et s.

Paralysie de la clause de sortie : v° Privation des effets de la clause de sortie

Peine :

· clause pénale : 614 et s.

· clause résolutoire : 357 et s.

Période :

· d'exercice de la faculté de sortie : 340 ; 525

· minimale d'engagement : 31 ; 293 ; 470 ; 525

Perte de confiance : 81 ; 83 ; 147 et s. ; 860

Potestativité : 36 ; 316 et s. ; 882 et s.

Pouvoir modérateur du juge : 830

Préavis : v° Délai de préavis

Préjudice : 860 et s.

Prescription (délai de) : v° Délai de prescription

Prêt (contrat de) : 2 ; 91 ; 111 ; 143 ; 284 ; 403 ; 560 ;

· v° Clause (de déchéance du terme et de remboursement anticipé)

Preuve de la sortie : 539 ; 547 ; 566 ; 570

Principes du droit européen des contrats : 196 ; 383

Principes UNIDROIT : 196 ; 383

Privation des effets de la clause de sortie : 836 et s.

Prix :

· et durée : 632 et s. ; 761 et s.

· de la sortie : 606 et s.

· v° Cession de position contractuelle

· v° Indemnité de sortie

· v° Remboursement de la valeurs des parts sociales

Procédures collectives : 673 ; 866 et s.

Promesse :

· d'achat et de vente de parts sociales : v° Pacte extrastatutaire

· de vente : 615 ; 680

Q

Quota (clause de) : v° Clause (d'objectif)

R

Redressement judiciaire : 866 et s.

Réfaction du contrat : 759

Référé(s) (juge des) : v° Juge des référés

Refus d'exécution : 198

Réglement d'exemption : 93

Remboursement anticipé : 143 et s. ; 219 ; 627 ; 635 ; 641

· v° Clause (de remboursement anticipé)

Remboursement de la valeur des parts sociales : 682 et s.

Remplacement du cocontractant : 172 ; 863 ;

Rendement (clause de) : v° Clause (de rendement)

Renonciation :

· de l'administrateur à la continuation du contrat en cours : 869

· du titulaire de la faculté : 388 ; 809

Rentabilité : 68 et s.

Rente viagère (contrat de) : 95 ; 190-191 ; 819

Réparation :

· en nature : 857 et s.

· par équivalent : 860 et s.

Résiliation anticipée : v° Clause (de résiliation)

Résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée : 12 et s. ; 99 ; 327 ; 415 ; 420 ; 439 et s. ; 580

Résolution :

· judiciaire : 165 et s.

· unilatérale (extrajudiciaire) : 162 et s.

Résolutoire (effet) : v° Effet résolutoire

Restitutions : 189 ; 313 ; 752 ; 811

Rétroactif (effet) : v° Effet rétroactif

Rétroactivité : v° Effet rétroactif

Risque(s) :

· d'arbitraire : 216 ; 234 ; 411 ; 413 et s. ; 472 ; 531-532 ; 626 ; 816 ; 822 et s.

· d'inexécution : 197 ; 199 ; 200 et s. ; 374

· et périls (résolution unilatérale) : 169 ; 172 ; 174 ; 176

· gestion : 32 ; 49 ; 64 ; 75 ; 126 ; 184 ; 248 ; 633 ; 681 ; 759

· théorie des : v° Théorie des risques

Rupture : v° Contrat (rupture)

Rupture brutale des relations commerciales établies : 112 ; 857 et s.

S

Silence :

- du contrat :
- durée : 108
- déchéance du terme : 212
- mise en demeure : 542
- délai de préavis : 587
- du titulaire de la faculté : 819 et s.

Société :

- associé :
- droit de vote : 235 ; 741
- exclusion : v° Clause (d'exclusion)
- parts sociales : v° Remboursement des parts sociales
- dissolution : 94 ; 225 ; 228 ; 436 ; 743
- mandataire social : v° ce mot

T

Terme extinctif : 86 et s.

- déchéance : v° Déchéance du terme

- et condition (distinction) : v° Condition (et terme (distinction))

Terminologie de la rupture : 14 ; 344 ; 352 ; 389 ; 757 ; 805

Théorie des risques : 181 ; 370

Tolérance : 331 ; 560 ; 820

Travail (contrat de) :

- réglementation des clauses de sortie : 435 et s.
- sortie anticipée du contrat de travail à durée déterminée : 156 et s.

U

Unilatéralisme : 35-36 ; 170-171 ; 317-319 ; 553 ; 607 ; 724 ; 862 ; 882 ; 887

Urgence (justifiant la rupture unilatérale) : 169 ; 196

V

Violation efficace du contrat : v° *Efficient breach of contract*

Volonté (de sortir) : 551 et s.

TABLE DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 La prévision dans le contrat d'une faculté de sortie.....	25
TITRE 1 Une fonction commune	27
Chapitre 1 Le respect de la durée ou l'absence de droit de sortie pour perte d'intérêt.....	29
SECTION 1 L'intérêt contractuel.....	29
§1 L'approche étroite de l'intérêt.....	30
A. La définition de l'intérêt au contrat	30
B. L'atteinte à l'intérêt au contrat, fondement d'un droit de sortie	33
§2 L'approche extensive de l'intérêt : l'intérêt d'une partie en cours d'exécution.....	35
A. L'intérêt à l'exécution.....	36
1. La rentabilité « absolue »	36
2. La rentabilité « opportuniste »	39
3. Essai de synthèse.....	40
B. La perte d'intérêt à l'exécution, justification de la volonté de sortir	41
SECTION 2 La durée du contrat.....	43
§1 La détermination de la durée obligatoire du contrat	44
A. Terme de l'obligation et durée du contrat.....	44
B. La durée expressément prévue.....	45
1. Le terme précis.....	48
2. Le terme imprécis	48
a. Le pouvoir de la volonté sur la certitude	49
b. La certitude objective	50
c. Le critère de l'obligation.....	52
C. La durée dans le silence du contrat.....	54
§2 La durée obligatoire ou l'absence de prise en compte de l'intérêt contractuel	55
A. L'absence de droit au renouvellement.....	55
B. Non respect du terme : la rupture anticipée fautive	58
Conclusion du Chapitre 1	60
Chapitre 2 La prise en compte de l'intérêt contractuel ou la reconnaissance exceptionnelle d'un droit de sortie	63
SECTION 1 La prise en compte de la perte d'intérêt par la loi et la jurisprudence	63
§1 Les droits de sortie pour perte d'intérêt d'un contractant protégé	64
A. La résiliation du bail d'habitation par le locataire.....	64
B. Les facultés de sortie anticipée appartenant au consommateur	67
C. La révocation du mandat à durée déterminée.....	69
§2 Les droits de sortie pour perte manifeste d'intérêt	72

A. Rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée	72
B. La rupture unilatérale pour comportement grave du cocontractant.....	74
1. La raison d'être de la résolution judiciaire	75
2. L'objet de la rupture unilatérale	79
SECTION 2 Les clauses de sortie, contractualisation de l'intérêt par les parties	82
§1 La clause résolutoire et ses variantes	84
A. La clause résolutoire stricto sensu.....	84
B. La clause d'objectifs, de quota ou de rendement	86
C. La clause de résolution par anticipation	88
§2 La clause de résiliation	90
§3 Les clauses d'anticipation du terme.....	94
A. La clause de déchéance du terme.....	95
B. La clause de remboursement anticipé.....	98
§4 Les clauses de sortie d'un groupement	99
A. La clause d'exclusion d'un groupement	100
B. La clause de retrait d'un groupement	108
Conclusion du TITRE 1	111
TITRE 2 Une nature commune	113
Chapitre 1 Une nature conventionnelle, source de validité.....	114
SECTION 1 L'accord de volonté libre, source de validité de la clause.....	114
§1 Le processus d'acceptation	114
A. La négociation des conditions contractuelles de sortie	115
B. L'adhésion aux conditions contractuelles de sortie.....	118
§2 La réalité et l'intégrité de l'accord de volonté	123
A. La connaissance de la clause ou le problème de son incorporation	123
B. La rédaction de la clause.....	132
SECTION 2 L'accord de volonté imposé, condition de validité du contrat.....	139
§1 L'exemple du contrat de crédit-bail immobilier.....	140
§2 L'exemple du contrat d'intégration agricole	144
A. La nature du contrat d'intégration agricole	145
B. Les prescriptions légales relatives à la sortie du contrat d'intégration	151
Conclusion du Chapitre 1.....	155
Chapitre 2 Une nature potestative, source de méfiance.....	157
SECTION 1 Le cadre de la potestativité	158
§1 La qualification de droit potestatif	158
A. La notion de droit potestatif accordé par le contrat.....	158
B. Faculté de sortie et possibilité d'influer sur une situation juridique préexistante	164
§2 La faculté de sortie et la notion de condition.....	166
A. Le juge et la nature de la clause de sortie.....	167
B. La doctrine et la nature de la clause de sortie	176
1. L'autonomie de la clause résolutoire.....	176
a. La justification de la distinction	178

b. L'intérêt de la distinction	180
2. L'autonomie des autres clauses de sortie	181
C. Essai de synthèse	182
1. Sur l'intérêt de la distinction et les différences de régime	183
2. Sur le critère de l'incertitude.....	185
3. Position : la clause de sortie, une condition résolutoire moderne.....	189
SECTION 2 La réglementation de la potestativité des clauses de sortie	198
§1 La réglementation de la condition potestative.....	199
A. La recherche de la potestativité illicite d'une clause de sortie.....	199
1. La position de la jurisprudence.....	200
2. Les propositions doctrinales récentes	207
3. Proposition concernant la potestativité des clauses de sortie	208
B. La sanction de la potestativité illicite d'une clause de sortie	214
§2 La réglementation de la mise en place d'un droit potestatif	218
A. La prise en compte directe de l'intérêt du cocontractant à l'exécution ou la réglementation spécifique de la sortie : l'exemple du contrat de travail	219
1. La clause de sortie et le contrat de travail à durée indéterminée.....	221
2. La clause de sortie et le contrat de travail à durée déterminée	222
a. La prohibition des clauses de sortie anticipée.....	223
b. La requalification de la relation contractuelle de travail.....	225
c. La qualification de la clause	230
B. La prise en compte d'un certain (dés)équilibre ou la réglementation indirecte de la sortie : la prohibition de la clause de sortie abusive	231
1. La constante méfiance à l'égard des clauses de sortie dans les contrats de consommation.....	233
2. La clause abusive de sortie.....	235
a. La caractérisation de l'abus.....	235
b. La sanction de la clause de sortie abusive.....	243
3. Le crédit à la consommation et les clauses de sortie abusives	244
a. La jurisprudence antérieure à l'application de la loi MURCEF et à l'adoption de la loi Chatel.....	246
b. La jurisprudence postérieure à l'application de la loi MURCEF et à l'adoption de la loi Chatel	253
c. La nature de l'irrégularité affectant une clause de déchéance du terme dans un contrat de crédit à la consommation	254
Conclusion du TITRE 2	261
Conclusion de la PARTIE 1	263
PARTIE 2 La mise en œuvre d'une faculté contractuelle de sortie.....	265
TITRE 1 Les modalités de la sortie	267
Chapitre 1 L'information à temps du cocontractant : modalité obligatoire ?	269
SECTION 1 L'information du cocontractant.....	269
§1 L'atteinte à l'intérêt du titulaire de la faculté.....	270
A. L'information de la survenance de l'événement érigé en motif de sortie	270
B. La possibilité de remédier à la baisse d'intérêt subie	271
1. Clause anglaise et possibilité d'alignement	272

2. Clause résolutoire et mise en demeure du débiteur	274
§2 La décision de sortir.....	282
A. La sortie automatique	284
B. La notification de la volonté de sortir	288
1. La décision de sortie	288
2. La notification de la sortie.....	290
SECTION 2 L'observation d'un délai de prévenance.....	293
§1 L'exigence d'un délai de prévenance	293
A. L'exigence générale de l'observation d'un délai de prévenance en cas de sortie	294
1. Fondement de l'exigence	294
2. Portée de l'exigence	296
B. Le délai de prévenance et la sortie d'un contrat à durée déterminée.....	298
1. Le préavis et la faculté légale de sortie anticipée.....	298
2. Le préavis et la faculté de sortie offerte pas le contrat.....	300
§2 La durée du délai de prévenance	303
Conclusion du Chapitre 1	307
Chapitre 2 Le prix de la sortie : modalité facultative ?.....	309
SECTION 1 Le prix dû par le sortant : l'indemnité de sortie.....	309
§1 La qualification de la clause d'indemnité de sortie	310
A. L'exclusion de la qualification de clause pénale	310
1. Les caractéristiques de la clause pénale	310
2. Le rejet de la notion de clause pénale	312
a. Le principe du rejet	312
b. Exceptions	314
B. La qualification de prix de la sortie	318
§2 Le régime de la clause d'indemnité de sortie.....	322
A. La validité de la prévision d'une indemnité	323
B. Le contrôle du montant de l'indemnité	324
1. Le plafonnement du montant de l'indemnité.....	325
2. La sanction de l'indemnité de sortie excessive	330
a. La nullité.....	330
b. La réduction du montant	331
SECTION 2 Le prix dû au sortant : le prix de la position contractuelle.....	334
§1 Le prix dû par le cessionnaire au contractant cédant sa position.....	334
A. La cession de position contractuelle.....	335
B. Le prix dû éventuellement au cédant	338
§2 Le prix dû à l'associé sortant : le remboursement de la valeur de ses parts.....	340
A. La validité de la clause d'évaluation	341
B. L'efficacité de la clause d'évaluation.....	342
1. La jurisprudence récente relative à l'article 1843-4 du Code civil.....	343
a. La décision du 4 décembre 2007	343
b. La décision du 5 mai 2009.....	345
c. La décision de la Cour d'appel de Versailles du 10 septembre 2009.....	345
d. La décision du 24 novembre 2009	346

e. La décision du 4 décembre 2012	347
2. L'évaluation prévue par l'article 1843-4 du Code civil	348
3. État actuel de la matière.....	350
a. Les pouvoirs de l'expert ou la totale liberté du tiers évaluateur	350
b. L'existence d'une « contestation » au sens de l'article 1843-4 du Code civil.....	352
c. Le champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil.....	355
Conclusion du TITRE 1	357
Titre 2 Les effets de la sortie anticipée.....	359
Chapitre 1 Les effets de la sortie anticipée réussie.....	361
SECTION 1 L'extinction du contrat à l'égard du sortant.....	361
§1 Aspects temporels de la sortie.....	362
A. La date de prise d'effets de la sortie.....	362
1. La notification de volonté, élément de détermination de la date de prise d'effets....	362
2. Le cas de la sortie automatique.....	363
3. Le cas de la sortie payante.....	364
a. La sortie avec indemnité	364
b. La sortie de l'associé	364
B. Les effets dans le temps de la sortie anticipée	369
1. Du principe de la résolution rétroactive	370
2. Du principe de la résiliation pour le futur	372
3. Le critère de l'étalement dans le temps des effets : la volonté des parties	375
§2 Aspects matériels de la sortie	378
A. L'extinction des obligations principales.....	378
B. Le maintien de certaines stipulations	379
1. Les stipulations susceptibles d'être maintenues.....	379
2. Étendues temporelle et matérielle de la sortie : quelle conciliation ?.....	381
SECTION 2 Le sort des contrats liés au contrat éteint.....	384
§1 Le sort des autres contrats en l'absence de prévision	386
A. La qualification d'ensemble contractuel	386
B. Les effets de la sortie d'un contrat sur l'ensemble dont il fait partie	390
§2 Les clauses d'indivisibilité entre les contrats	394
Conclusion du Chapitre 1	396
Chapitre 2 Les effets de la sortie anticipée « manquée »	399
SECTION 1 Les atteintes à l'efficacité en raison de la faute du titulaire.....	399
§1 La détermination de la faute du titulaire ou le contrôle de la mise en œuvre.....	400
A. Le non-respect des modalités de sortie.....	401
B. La mauvaise foi dans la mise en œuvre de la clause de sortie.....	402
1. L'incohérence du sortant	403
2. La manipulation du hasard	406
a. L'article 1178 du Code civil ou la sanction de la mauvaise foi « dans le microcosme de la théorie de la condition ».....	406
b. L'exclusion, par l'exigence générale de bonne foi, de la manipulation du hasard	407
C. L'exercice sans droit de la faculté.....	412
§2 La sanction de la sortie fautive.....	413

A. La privation d'effets de la sortie	413
1. L'interdiction de se prévaloir de la clause mise en œuvre de mauvaise foi	414
2. La nullité de la décision ou l'irrégularité de l'acte unilatéral de sortie.....	421
3. La réparation en nature du préjudice subi du fait d'une rupture brutale	425
B. La rupture aux torts du sortant et la réparation du préjudice subi	428
SECTION 2 Les atteintes à l'efficacité en raison de la situation du cocontractant.....	431
§1 Les clauses de sortie et la procédure collective.....	432
§2 La clause résolutoire et l'octroi de délais de grâce au débiteur.....	435
Conclusion du TITRE 2	437
Conclusion de la PARTIE 2	439
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	441
BIBLIOGRAPHIE.....	445
INDEX ALPHAPÉTIQUE.....	491
TABLE DES MATIÈRES	497

