

# DROIT DES CONTRATS ET ECONOMIE

Yves-Marie LAITHIER  
Professeur à l'Université de Reims

## COURS n° 1 L'EXÉCUTION EFFECTIVE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

### SOMMAIRE

Introduction : définition et fonction de l'obligation contractuelle

- I. Les modalités de l'exécution des obligations contractuelles
  - A. L'exécution par équivalent
  - B. L'exécution en nature
  
- II. L'effectivité de l'exécution en nature des obligations contractuelles
  - A. Les mesures incitatives : l'exemple de la clause pénale
  - B. La diminution des obstacles au prononcé d'une condamnation en nature
  - C. L'effectivité de la condamnation judiciaire : l'astreinte

\*  
\*   \*   \*

**L'obligation contractuelle** – Comme son étymologie l'indique (*ligare* : lier), l'obligation est un lien entre plusieurs personnes. On distingue habituellement, en droit français, l'obligation morale et l'obligation juridique.

L'obligation morale est celle qui relève de la conscience individuelle. Sa validité et son exécution ne sauraient être connues d'un juge. Il s'agit, par exemple, de l'obligation d'honorer l'invitation que l'on a acceptée d'aller chez un ami.

L'obligation juridique désigne le lien de droit qui unit un créancier à un débiteur. Dire que c'est un lien juridique signifie que l'Etat, en particulier le juge, contrôle la validité (donc l'existence) de l'obligation et rend possible son exécution forcée. Si le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier pourra demander au juge l'aide de la force publique.

Les obligations juridiques peuvent naître de plusieurs sources. Ainsi, l'obligation peut être directement imposée par la loi (on parle d'obligation légale). C'est, par exemple, le cas de la loi qui oblige tous les employeurs à garantir la sécurité de leurs salariés. L'obligation peut aussi découler d'un délit, c'est-à-dire d'un fait illicite qui a causé un dommage ; on parle alors d'obligation délictuelle. L'obligation peut encore découler d'un contrat ; on parle alors d'obligation contractuelle. L'obligation contractuelle est donc le lien de droit unissant les parties à un contrat.

**La fonction de l'obligation** – Ce qu'il faut souligner, qui n'a d'ailleurs rien de spécifique au droit français, est que l'obligation contractuelle n'a pas d'intérêt en elle-même. L'obligation n'est pas un fin en soi mais un moyen technique. En d'autres termes, l'obligation est une notion fonctionnelle ; c'est une notion qui existe pour remplir une fonction. Cette fonction consiste à donner une satisfaction au créancier. Par exemple, le vendeur conclut un contrat de vente pour obtenir une somme d'argent (un prix). De même, le franchisé conclut un contrat de franchise pour obtenir un savoir-faire qu'il utilisera pour développer ses affaires. Si l'obligation existe, c'est

uniquement pour procurer au créancier l'avantage qui découle du type de contrat conclu. On peut donc affirmer que l'exécution de l'obligation est la raison d'être de l'obligation contractuelle. C'est dire son importance.

C'est précisément en raison de cette importance que le droit français des contrats considère l'exécution de l'obligation comme son « point de perspective »<sup>1</sup>. L'objectif est que le créancier obtienne réellement ce qui lui a été promis. A défaut, le droit des contrats est un droit inefficace.

**Plan** – Cette orientation politique du droit des contrats étant admise, et nul ne la conteste, deux questions se posent. La première question est de savoir comment le créancier va obtenir satisfaction. Le créancier va-t-il obtenir l'objet précis de ce qui lui a été promis ou seulement la valeur de ce qui lui a été promis ? Cette question est celle des **modalités de l'exécution des obligations contractuelles** (I).

Nous verrons que, normalement, le créancier doit obtenir l'objet précis de ce qui lui a été promis (on parle d'exécution en nature ou en anglais de « *specific performance* »). Mais alors se pose une deuxième question. En effet, il ne suffit pas de dire que le créancier a le droit d'obtenir l'exécution en nature, il faut s'assurer que la **mise en œuvre de ce droit est effective** (II).

## I. LES MODALITÉS DE L'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

La première question évoquée est la plus fondamentale car elle conduit à s'interroger sur la notion de contrat : conclure un contrat, est-ce promettre un avantage ou est-ce seulement promettre la valeur économique de cet avantage ? La réponse à cette question varie selon les systèmes juridiques et, même au sein d'un système juridique donné, selon les situations<sup>2</sup>.

En droit français, et plus largement dans les droits de l'Europe continentale, la réponse est plutôt que le débiteur contractuel s'oblige à fournir l'avantage précis qu'il a promis au créancier. En d'autres termes, **l'exécution par équivalent** (A) ne l'emporte pas sur **l'exécution en nature** (B). Développons cette idée.

### A. L'exécution par équivalent

Le débiteur peut-il se libérer en fournissant au créancier, non pas l'objet de l'obligation contractuelle tel qu'il était convenu, mais un équivalent monétaire ? En d'autres termes, le débiteur peut-il se libérer en payant des dommages-intérêts à la place de la fourniture du bien ou du service promis ?

Certains auteurs, prenant appui sur des règles de droit positif, répondent par l'affirmative. Par exemple, dans les droits de *common law*, le débiteur qui n'exécute pas son obligation contractuelle doit, en général, payer des dommages-intérêts calculés selon l'« *expectation interest* », littéralement selon l'intérêt attendu par le créancier de l'exécution du contrat. Concrètement, cela signifie que les dommages-intérêts doivent être évalués par le juge de façon à placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. C'est en ce sens que l'on parle d'exécution par équivalent : les dommages-intérêts (qui sont une somme d'argent) représentent l'équivalent de l'exécution du contrat.

---

<sup>1</sup> L. Aynès, « Rapport introductif », *RDC* 2005, p. 9.

<sup>2</sup> Pour des développements approfondis, V. plus généralement notre *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004.

Cette solution est-elle satisfaisante au plan économique ? Certains le pensent et l'ont même défendue avec vigueur à travers la théorie dite de la « violation efficace » (« *efficient breach theory* »). Selon cette théorie, la violation du contrat est économiquement efficace lorsqu'elle aboutit à une allocation optimale des ressources. L'allocation des ressources est optimale lorsque le débiteur qui viole son contrat conserve un profit après avoir indemnisé le créancier<sup>3</sup>. Par exemple, est efficace au sens de cette théorie la violation commise par le débiteur d'une clause de non-concurrence, qui, en ouvrant un fonds de commerce en méconnaissance de la clause, retire un profit supérieur au préjudice qu'il cause au créancier et qu'il répare. L'utilisation des ressources serait optimale : le créancier est indemnisé à hauteur de son préjudice, le débiteur retire un profit malgré le paiement de dommages-intérêts, ce qui laisse supposer qu'il a créé de la richesse, création de richesse à laquelle la société dans son ensemble a intérêt.

Si ce résultat est vrai, alors l'exécution par équivalent est une bonne sanction d'un point de vue économique. En effet, c'est grâce à la fluidité de l'argent que ce type de décision peut être anticipé (calculé) et mis en œuvre. Par suite, on peut reprocher au droit français, et plus largement aux droits d'Europe continentale, de manquer d'efficacité économique dans la mesure où ils ne privilégient pas la condamnation aux dommages-intérêts comme sanction de l'inexécution des obligations contractuelles.

Toutefois, l'exactitude de la théorie de la violation efficace peut être contestée. Sans entrer dans les détails, on peut lui adresser au moins deux reproches<sup>4</sup>.

D'une part, elle ignore ou sous-estime l'importance de la confiance et de la réputation dans les relations contractuelles. Un débiteur qui viole de manière intentionnelle et à des fins lucratives son obligation contractuelle trahit la confiance que le créancier avait placée en lui. Or, les conséquences économiques de la perte de confiance et de la mauvaise réputation sont graves, surtout si le débiteur est un professionnel des affaires<sup>5</sup>.

D'autre part, la théorie ne tient pas suffisamment compte du fait que le préjudice indemnisé par les dommages-intérêts n'est pas nécessairement identique au préjudice réellement subi. L'un et l'autre sont même très souvent distincts. Pourquoi ? Parce que le préjudice réparable en droit est uniquement le préjudice direct tel qu'il est prouvé par le créancier. Or certains préjudices sont difficiles à évaluer ou difficiles à prouver. Par conséquent, il n'est pas vrai de dire, même au plan strictement patrimonial (financier), que le créancier qui reçoit des dommages-intérêts est dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si l'obligation avait été respectée. Or si le créancier subit un dommage qui n'est pas totalement indemnisé, alors l'allocation des ressources n'est pas optimale. Le débiteur a certes retiré un profit, mais c'est au détriment du créancier sous-indemnisé.

On peut donc dire pour conclure sur ce point, que ce qui est présenté comme une violation économiquement efficace est en réalité trop souvent une violation simplement lucrative pour le débiteur.

Pour éviter ce qui n'est rien d'autre qu'un enrichissement injuste, la meilleure solution est de fournir au créancier non pas la *valeur* l'avantage promis, mais *l'avantage lui-même*. Autrement dit, la meilleure solution est de fournir au créancier une exécution en nature.

---

<sup>3</sup> Pour une présentation plus complète de la théorie née sous la plume d'auteurs américains au cours des années 1970, V. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 485 et s. et les références citées.

<sup>4</sup> Pour de plus amples développements, V. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 499 et s. et les références citées. V. également, J. Rochfeld, « La rupture efficace », in C. Jamin, (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 169 et s.

<sup>5</sup> Pour un exemple des graves répercussions que peut avoir la perte de réputation, V. L. Bernstein, « Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry », (1992) 21 *JLS* 115.

## B. L'exécution en nature

L'exécution en nature consiste à fournir au créancier exactement ce qui était dans l'objet de l'obligation, par exemple, permettre la jouissance des locaux loués, déplacer la chose qui devait être transportée, rédiger le roman destiné à l'éditeur, remettre les fonds promis à l'emprunteur, établir la connexion au réseau Internet, etc.

A l'instar des autres droits d'Europe continentale, le droit français favorise l'exécution en nature des obligations contractuelles et ce deux manières. D'abord, le droit français interdit au débiteur de fournir quelque chose d'autre que ce qui était promis, même si la valeur de la chose offerte par le débiteur est égale ou même supérieure à ce qui est dû (art. 1243 du Code civil). Par exemple, celui qui doit une somme d'argent ne peut pas exécuter son obligation en remettant à son créancier un tableau, fut-il d'une valeur supérieure au montant de la dette.

Ensuite, et on va y revenir plus en détails<sup>6</sup>, le créancier victime d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution totale peut en principe demander au juge qu'il condamne le débiteur à exécuter son obligation en nature. Cette sanction est un droit pour le créancier et le juge français a le pouvoir de l'ordonner.

La règle qui confère au créancier le droit de réclamer l'exécution en nature, au besoin par la force si elle est nécessaire, peut être justifiée de trois manières.

Elle a, d'abord, une justification juridique. Le droit de demander l'exécution en nature est une conséquence normale de la force obligatoire du contrat (art. 1134 du Code civil). Dire d'un contrat qu'il a force obligatoire, c'est dire que son inexécution est sanctionnée en droit (et pas seulement en conscience, dans le « *for intérieur* » comme aurait dit Pothier). Bien évidemment, l'exécution forcée en nature fait partie des sanctions applicables<sup>7</sup>.

La règle peut, ensuite, être justifiée moralement. Il est fréquent, à tort ou à raison, d'analyser le contrat comme un échange de promesses. Or l'un des préceptes moraux les plus connus est qu'il faut respecter la parole donnée ; il faut tenir ses promesses. C'est un commandement moral. On peut ajouter qu'en France, pays dont la culture est fortement imprégnée par la religion catholique, ce respect de la parole donnée va de pair avec un certain dédain (par cette même religion catholique) de l'argent.

Enfin, troisième argument, la règle qui confère au créancier le droit de réclamer l'exécution en nature peut être justifiée économiquement. On ne prétend pas que l'exécution forcée en nature est *nécessairement* une solution économiquement efficace. Par exemple, il peut arriver que le coût de l'exécution forcée en nature soit disproportionné par rapport à la satisfaction qu'en retire le créancier, auquel cas l'efficacité économique du procédé est remise en cause<sup>8</sup>. Il reste que, dans la majorité des situations, l'exécution forcée en nature est une sanction économiquement utile. Il en va ainsi toutes les fois que le versement de dommages-intérêts lèse ou risquerait fortement de léser le créancier, soit parce que l'une des composantes du préjudice est difficile à quantifier, soit parce que l'une des composantes du préjudice est difficile à prouver (par exemple, la perte d'une chance sérieuse). Lorsqu'il est certain ou très probable que l'indemnisation octroyée au créancier sera insuffisante pour réparer l'entier préjudice causé par l'inexécution de l'obligation contractuelle, l'exécution en nature est une sanction économiquement plus efficace que ne le sont les dommages-intérêts.

---

<sup>6</sup> V. *infra* II B.

<sup>7</sup> Sur ce que la force obligatoire du contrat commande la sanction de son inexécution, V. *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 58 et s.

<sup>8</sup> V. par exemple, à propos d'une piscine ne comportant que 3 marches pour accéder dans l'eau au lieu des 4 prévues contractuellement, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 17 janvier 1984, *RTD civ.* 1984, p. 711 obs. J. Mestre. Et dans le même sens, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 103, *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages, à propos de la construction d'une maison comportant une insuffisance de 33 centimètres.

Mais il ne suffit pas de dire que l'exécution en nature est une règle justifiée en théorie. Il faut également savoir dans quelle mesure elle est effectivement accessible et mise en œuvre en droit français.

## II. L'EFFECTIVITÉ DE L'EXÉCUTION EN NATURE DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

En droit français, l'exécution en nature est favorisée d'au moins trois manières : premièrement, par l'existence de mesures incitatives (A), deuxièmement par la diminution des obstacles au prononcé de l'exécution forcée en nature (B), et troisièmement par un procédé spécial visant à renforcer l'effectivité du jugement de condamnation (C).

### A. Les mesures incitatives : l'exemple de la clause pénale

D'une certaine façon, toutes les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle visent, plus ou moins directement, à inciter le débiteur à respecter son engagement. C'est vrai y compris des sanctions qui aboutissent à l'anéantissement du contrat. Ainsi, menacer de résilier le contrat, c'est inciter le débiteur à exécuter sa promesse. Mais certaines sont plus incitatives que d'autres.

Parmi ces sanctions, il en est une caractéristique du droit français. Il s'agit de la clause pénale<sup>9</sup>. La clause pénale est une peine privée conventionnelle. Les parties décident dans le contrat qu'en cas d'inexécution de telle ou telle obligation par le débiteur, celui-ci devra verser au créancier une somme d'argent à titre de sanction. C'est une sorte de « dommages-intérêts punitifs » d'origine contractuelle.

Cette somme d'argent n'est pas une évaluation anticipée du dommage. Autrement dit, la clause pénale ne doit pas être confondue avec la clause forfaitaire de dommages-intérêts dont le but est simplement d'échapper à l'évaluation judiciaire du dommage.

La clause pénale est véritablement une peine : son montant est dû dès lors qu'il y a inexécution, indépendamment de l'existence d'un dommage, de son ampleur ou de sa réparation. Et c'est une peine privée en ce sens que la pénalité prévue est attribuée au créancier et non, par exemple, à l'Etat.

A première vue, le but de la clause pénale est de punir le débiteur fautif. C'est exact mais incomplet. Comme l'indique l'article 1226 du Code civil, la clause pénale vise avant tout à « *assurer l'exécution d'une convention* ». En d'autres termes, la clause pénale a une double fonction punitive et incitative<sup>10</sup>. Elle est stipulée dans l'espoir qu'elle dissuadera le débiteur de manquer à son obligation.

La clause est valable en droit français, contrairement, par exemple, aux droits de *common law*. C'est une excellente mesure. Elle est simple, peu coûteuse à rédiger et utile. C'est la raison pour laquelle les clauses pénales sont très répandues dans les contrats, notamment dans les contrats de construction afin d'inciter le débiteur à respecter les délais. Naturellement, plus la peine prévue est élevée, plus l'incitation à exécuter ses obligations est forte. Toutefois, et c'est

---

<sup>9</sup> V. en particulier, D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, LGDJ, 1992.

<sup>10</sup> Pour de plus amples développements sur l'appréciation économique de la fonction incitative de la clause pénale, V. S. Souam, « Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs : une analyse économique », et en réponse, Y.-M. Laithier, « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », in C. Jamin, (dir.), *Droit et économie des contrats*, *op. cit.*, p. 127 et p. 141.

l'une des limites du procédé<sup>11</sup>, une peine « manifestement excessive » (art. 1152 du Code civil) peut être révisée à la baisse par le juge. Cette limite a été instaurée par le législateur en 1975 à la suite d'abus commis par certains créanciers en situation de force (par exemple, les crédits-bailleurs) qui imposaient à leurs cocontractants des clauses pénales très sévères<sup>12</sup>.

En soi, cette limite n'est pas choquante. Le problème est que certains juges, qui ne respectent pas toujours la distinction entre la clause forfaitaire de dommages-intérêts et la clause pénale, réduisent la pénalité qu'ils estiment manifestement excessive à hauteur du préjudice réellement subi par le créancier. L'inconvénient de telles décisions est qu'elles détruisent l'effet incitatif de la clause pénale : le débiteur est en effet moins incité à respecter ses obligations s'il a la conviction, qu'en cas de procès, le juge réduira fortement la peine conventionnelle.

Malgré tout, la clause pénale reste un bon moyen d'inciter au respect de ses engagements.

## **B. La diminution des obstacles au prononcé d'une condamnation en nature**

A la différence là encore des droits de *common law*, le droit français ouvre très largement l'accès au prononcé d'une condamnation du débiteur à l'exécution en nature.

Indiquons immédiatement que la question ne se pose pas pour les obligations monétaires (par exemple, l'obligation de payer un loyer) : elles s'exécutent en argent. Mais pour les obligations non monétaires (par exemple, garder un secret, fournir des marchandises, donner des conseils, etc.), on peut se demander si le juge a le pouvoir d'ordonner l'exécution en nature en cas d'inexécution.

A ce sujet, le Code civil contient une règle très proche de ce que décident les juges en *common law*. En effet, l'article 1142 du Code civil prévoit que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Pris à la lettre, la règle du Code civil signifie qu'en cas d'inexécution, le créancier doit se contenter de dommages-intérêts. Le juge ne peut pas ordonner l'exécution forcée en nature.

Cette solution n'a pas paru satisfaisante pour les raisons que nous avons indiquées<sup>13</sup>. Il n'est pas opportun, tant au plan juridique qu'aux plans moral et économique, qu'un débiteur puisse soit exécuter son obligation si bon lui semble, soit se libérer en payant des dommages-intérêts. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a « réécrit » l'article 1142 du Code civil dont la portée en droit positif est à l'opposé de sa lettre. Ignorant le sens textuel de l'article 1142, la Cour de cassation décide que le créancier est en droit d'obtenir l'exécution forcée en nature s'il le demande. Par exemple, dans un arrêt rendu le 16 janvier 2007, la première Chambre civile de la Cour de cassation, énonce le principe selon lequel « la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible »<sup>14</sup>. Ce principe est d'ailleurs repris par le *Projet de réforme du droit des contrats* du Ministère de la justice<sup>15</sup>.

La seule limite au prononcé de l'exécution forcée en nature est, comme le dit l'arrêt du 16 janvier 2007 (préc.), l'impossibilité de la mettre en œuvre. L'impossibilité peut être matérielle (par

---

<sup>11</sup> On peut citer également, comme limite, l'ouverture d'une « procédure collective » si le débiteur est en état de cessation des paiements.

<sup>12</sup> V. par exemple, G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, n° 231.

<sup>13</sup> V. *supra* I B.

<sup>14</sup> *Bull. civ.* I, n° 19, *RDC* 2007, p. 719, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>15</sup> Art. 162 al. 1<sup>er</sup> : le créancier d'une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable. (Version décembre 2008).

exemple, le secret qui devait être gardé a déjà été dévoilé au public), morale (ce qui signifie ici que l'on ne peut pas porter atteinte à l'intégrité physique de la personne du débiteur), ou juridique dans le cas où des tiers de bonne foi auraient entre temps acquis des droits sur l'objet de l'obligation<sup>16</sup>.

Il reste que l'impossibilité est rarement admise en pratique. Par conséquent, on peut dire qu'il existe une nette différence entre, d'un côté, le droit français et les autres droits d'Europe continentale, et de l'autre côté, les droits de *common law* dans lesquels la « *specific performance* » n'est ordonnée que si les dommages-intérêts ne sont pas adéquats. Or il est rare qu'ils ne le soient pas.

La condamnation du débiteur à exécuter ses obligations en nature est une étape importante mais ce n'est qu'une première étape. Tout ceci reste vain si le jugement contenant la condamnation en nature n'est pas à son tour exécuté. Pour faciliter l'exécution du jugement, le droit français a consacré un mécanisme appelé l'astreinte.

### C. L'effectivité de la condamnation judiciaire : l'astreinte

Une fois que le juge a condamné le débiteur à exécuter ses obligations en nature, il faut que l'ordre du juge soit exécuté. Depuis le 19<sup>e</sup> siècle, il existe en droit français un procédé visant à inciter le débiteur à exécuter cet ordre : l'astreinte.

L'astreinte est une contrainte d'ordre financier : la partie perdante au procès est condamnée à verser une somme d'argent fixée à un certain montant par jour de retard dans l'exécution de la décision ou par nombre d'infractions constatées.

Techniquement, l'astreinte ne sanctionne pas l'inexécution de l'obligation contractuelle mais l'inexécution de la décision de justice. Cela explique pourquoi, par exemple, l'astreinte ne prend pas effet au jour où l'obligation contractuelle est devenue exigible, mais au jour où le jugement est devenu exécutoire. Cela explique également pourquoi il ne faut pas confondre l'astreinte et les dommages-intérêts : les dommages-intérêts indemnisent le préjudice causé par l'inexécution du contrat, alors que l'astreinte est une peine privée, indépendante de l'existence et de l'étendue du préjudice, dont le produit est attribué au créancier. Cela étant dit, puisque l'ordre du juge a pour objet l'exécution de l'obligation contractuelle, l'astreinte favorise indirectement l'exécution du contrat. C'est en ce sens qu'elle favorise l'exécution en nature.

L'astreinte est une bonne technique. Mais son efficacité est doublement limitée.

La première limite est qu'elle n'a pas d'effet concret sur le débiteur insolvable.

La deuxième limite, similaire à ce qui a été dit plus haut à propos des clauses pénales, tient au fait que les juges sont en pratique sensibles au préjudice réellement subi par le créancier et par suite à l'éventuel enrichissement du créancier. Bien que l'astreinte ne doive pas être confondue avec les dommages-intérêts, les juges tiennent compte, sans oser le dire, du préjudice subi et diminue l'astreinte lorsqu'elle est très élevée par rapport au préjudice réel. Ce qui a un effet pervers. Les débiteurs finissent par savoir que l'astreinte initialement prononcée (par exemple 1 000 euros par jour de retard) ne sera pas liquidée de façon purement arithmétique (par exemple 100 000 euros pour 100 jours de retard), mais sera sans doute révisée à la baisse si le montant semble trop élevée. L'astreinte n'est alors plus qu'un épouvantail ; elle ne remplit plus sa fonction incitative<sup>17</sup>.

Sur ce dernier point, la sanction du « *contempt of court* » en *common law*, c'est-à-dire la sanction de celui qui ne respecte pas l'ordre du juge, est plus dissuasive. Il serait donc opportun

---

<sup>16</sup> V. par exemple, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008, *Bull. civ.* I, n° 269, qui décide que viole l'article 1142 du Code civil la cour d'appel qui ordonne sous astreinte au propriétaire d'un local à usage d'habitation de délivrer ce bien à celui avec qui il avait conclu un contrat de bail, alors qu'elle avait relevé que ce local avait été loué à un tiers.

<sup>17</sup> V. également en ce sens, R. Perrot, obs. sous Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 décembre 2001, *RTD civ.* 2002, p. 360.

que la Cour de cassation veille à ce que les juges ne fassent plus le rapprochement entre le montant de l'astreinte et la valeur du préjudice de façon à ce que l'astreinte conserve toute son efficacité.

**Conclusion** – On fera observer, pour conclure, que l'on a évoqué ici les règles du droit français applicables lorsque le débiteur est dans une situation financière normale.

Mais il existe de nombreuses règles applicables au débiteur insolvable ou surendetté, qu'il s'agisse d'un débiteur professionnel (une entreprise par exemple) ou d'un particulier. Or l'un des points communs de ces règles spéciales est de faire obstacle à l'exécution en nature des obligations, soit provisoirement (en accordant des délais supplémentaires), soit définitivement (en effaçant les dettes). Ce qui mérite d'être souligné, c'est que l'obstacle à l'exécution des obligations est justifié, d'après le législateur, par des considérations économiques, l'idée étant de permettre au débiteur de redresser la situation, donc de conserver l'entreprise, l'emploi, etc. Autrement dit, ces règles spéciales laissent supposer que, d'un point de vue économique, l'exécution rigoureuse des obligations contractuelles n'est pas *nécessairement* la solution la plus opportune. Mieux vaut parfois retarder l'exécution ou modifier l'obligation plutôt que d'exiger son exécution en nature immédiatement.

La relative inefficacité de ces procédures d'insolvabilité depuis vingt cinq ans laisse toutefois planer le doute sur la pertinence de la justification avancée par le législateur à leur soutien.



**COURS n° 2**  
**LES RÈGLES SUPPLÉTIVES ET LE DROIT DES CONTRATS**

**SOMMAIRE**

Introduction : notion de règle supplétive et caractéristiques du droit français

I. La règle supplétive comme moyen de compléter le contrat

- A. Le processus d'application de la règle supplétive
- B. La justification économique du processus

II. La règle supplétive répulsive

- A. Notion
- B. Illustration : l'absence de révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances

\*  
\*   \*   \*

**Notion de règle supplétive** – Parmi l'ensemble des normes juridiques applicables au contrat, il est habituel, en droit français comme ailleurs, de distinguer les lois et plus largement les règles impératives et les règles supplétives.

A suivre la définition communément admise, la règle impérative (ou d'ordre public) est celle à laquelle les parties ne peuvent pas déroger. Par exemple, beaucoup de lois visant à protéger les consommateurs dans leurs rapports avec des professionnels sont des lois impératives.

Par opposition, la règle supplétive serait celle à laquelle les parties peuvent déroger. Par exemple, le délai de prescription extinctive est en principe de cinq ans à compter du jour où le créancier avait ou aurait dû avoir connaissance des faits lui permettant d'agir (art. 2224 du Code civil), mais ce délai peut être raccourci ou allongé par les parties (art. 2254 du Code civil).

Cette présentation habituelle n'est pas tout à fait complète. Certes, la règle supplétive est celle à laquelle les parties peuvent librement déroger, mais elle ne se réduit pas à cela. La règle supplétive est plus exactement celle qui supplée les défaillances de la volonté des parties, c'est-à-dire, celle qui s'applique en cas de carence de la volonté des parties<sup>18</sup>.

Mais on objectera que cette fonction de suppléance n'est pas réservée aux règles supplétives. Par exemple, la règle prévue par l'article 1134 al. 3 du Code civil selon laquelle les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* » est une règle qui vient compléter le contenu du contrat et qui est une règle impérative car les parties ne peuvent pas, semble-t-il, écarter par une clause le devoir d'exécuter leur contrat de bonne foi.

Il faut donc conclure en disant que pour qualifier une règle de supplétive, il faut que deux conditions cumulatives soient remplies : d'une part, la règle doit pouvoir être écartée par les parties qui en expriment l'intention, d'autre part, la règle doit par son contenu compléter le contrat.

---

<sup>18</sup> V. surtout, C. Pérès, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004.

**Caractéristiques du droit français des contrats en matière de règles supplétives** – Evidemment, la règle supplétive n'est pas propre au droit français, ni même aux droits d'Europe continentale. Par exemple, il existe en droit anglais des contrats des « *terms implied in law* », c'est-à-dire des normes rattachées à un type de contrat connu, qui viennent compléter ce contrat, à moins que les parties les aient valablement écartées. Les « *terms implied in law* » correspondent à ce qu'en droit français on appelle des règles supplétives.

Ce qui caractérise le droit français, ce n'est donc pas l'existence de règles supplétives, mais plutôt leurs caractères général et identifiable.

Général parce que la distinction entre règle impérative et règle supplétive occupe une place centrale dans le discours doctrinal français. La distinction offre une « grille de lecture » ou, si l'on préfère, un « prisme » à travers lequel les rapports entre le contrat et la loi sont appréciés. Pour dire les choses autrement, la distinction entre règle impérative et règle supplétive sert à mesurer et à apprécier l'étendue de la liberté contractuelle, et non pas seulement à interpréter ou à déterminer le contenu du contrat comme c'est le cas, par exemple, en droit anglais.

Par ailleurs, les règles supplétives sont sans doute plus identifiables, repérables, que ne le sont les « *implied terms in law* » en droit anglais, d'une part, parce que les règles prennent plus souvent en droit français la forme de lois que de précédents judiciaires, d'autre part, parce qu'un grand nombre de lois en droit français des contrats sont codifiées, ce qui, *a priori*, en facilite l'accès et la connaissance.

**Plan** – La fonction de suppléance des règles supplétives peut jouer d'au moins deux manières.

Dans une première hypothèse, la plus fréquente en pratique, la règle supplétive s'applique par défaut afin de compléter le contrat. Dans ce premier cas, la règle cherche à répondre le mieux possible aux attentes des parties.

Mais il se peut également, c'est la deuxième hypothèse, que la règle supplétive ne réponde pas le mieux possible aux attentes des parties. Le but de la règle supplétive est alors d'inciter les parties à compléter elles-mêmes leur contrat. La règle supplétive est faite pour être écartée en quelque sorte.

En somme, dans le premier cas, la règle supplétive **complète le contrat dans le silence des parties** (I) alors que, dans le second cas, la règle supplétive **incite les parties à ne pas rester silencieuses et à conclure un contrat plus complet** (II).

Ce qui est intéressant, c'est que dans l'un et l'autre cas, la règle supplétive joue un rôle économique bénéfique.

## **I. LA RÈGLE SUPPLÉTIVE COMME MOYEN DE COMPLÉTER LE CONTRAT**

Présentons brièvement le **processus d'application** de la règle supplétive (A) avant d'en montrer la **justification économique** (B).

### **A. Le processus d'application de la règle supplétive**

La condition nécessaire et suffisante du déclenchement d'une règle supplétive est le défaut de volonté exprimée. Pour être plus précis, le processus d'application peut être décomposé de la manière suivante<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> V. C. Pérès, *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 371 et s.

Tout d'abord, le juge devant qui est porté le contentieux contractuel a l'obligation, en droit français, de rechercher la volonté commune des parties avant de décider de l'application d'une règle supplétive.

Cette recherche par le juge aboutit à l'alternative suivante.

Soit le juge constate qu'il existe une volonté des parties sur le point qui fait litige. Puisqu'il existe une volonté à laquelle il est inutile de suppléer, le juge n'a pas d'autre choix que d'écarter la règle supplétive. Appliquer la règle supplétive n'aurait ici aucune justification. Il faut respecter ce dont les parties ont librement convenu.

Soit le juge constate une carence de la volonté et le juge doit trancher « le litige conformément aux règles de droit qui sont applicables » (art. 12 du Code de procédure civile), donc en appliquant la règle supplétive prévue dans une telle situation. Peu importe à cet égard que cette règle supplétive soit d'origine légale ou jurisprudentielle.

Pour mieux comprendre ce processus, prenons l'exemple d'un contrat de transport d'une automobile par voie ferrée. Au cours du transport, l'automobile est détruite ainsi que les bagages qui se trouvaient dans le coffre. La responsabilité du transporteur est recherchée. Pour déterminer le régime précis de responsabilité pour la perte des bagages, la question se pose de savoir si l'obligation du transporteur ferroviaire s'applique aux bagages contenus dans le véhicule. De deux choses l'une.

Soit les parties ont précisé quel était le régime applicable aux bagages contenus dans le véhicule et la clause doit être appliquée sans que le juge puisse y substituer une règle supplétive.

Soit les parties n'ont rien convenu et le juge doit appliquer la règle supplétive afin de trancher le litige. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation dans lequel la Haute juridiction a énoncé une règle supplétive et l'a appliquée en décidant que l'obligation du transporteur ne s'étendait pas aux bagages, sauf stipulation contraire<sup>20</sup>.

On l'aura compris, le fait qu'un contrat soit incomplet n'est pas un obstacle à sa validité, à moins que les lacunes portent sur des éléments essentiels. Mais alors, en cas de litige, le contrat devra être complété par le juge afin de rendre l'exécution du contrat possible et plus juste.

La question que l'on peut se poser est de savoir pourquoi les parties concluent des contrats incomplets, pourquoi elles ne stipulent pas des clauses pour tous les problèmes susceptibles de naître de l'exécution du contrat. La réponse à cette question est variable.

Tantôt, c'est par ignorance des difficultés ou des situations qui peuvent se présenter : la rationalité et l'information des individus sont limitées dans le monde réel.

Tantôt, c'est par crainte de retarder ou d'empêcher la conclusion du contrat. Vouloir tout prévoir, tout négocier, c'est prendre le risque d'un désaccord. Parfois, il est préférable de conclure immédiatement le contrat plutôt que de risquer de perdre une bonne occasion.

Tantôt, c'est par souci de réduire les efforts et les coûts. Les parties veulent gagner du temps et (donc) de l'argent.

Ce qui nous amène à nous pencher plus avant sur la justification économique du processus d'application des règles supplétives.

---

<sup>20</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 2003, *Bull. civ.* I, n° 56.

## B. La justification économique du processus d'application des règles supplétives

La principale justification économique de la technique de la règle supplétive est qu'il s'agit d'une règle qui en principe satisfait les attentes des parties tout en minimisant leurs efforts<sup>21</sup>.

Supposons que les parties à un contrat aient connaissance de l'existence des règles supplétives et de leur contenu. C'est en effet à cette condition que la règle supplétive joue un rôle utile économiquement. Dans cette situation :

- soit les parties estiment que la règle est adaptée à leurs attentes, auquel cas, elles n'ont rien à faire. La règle supplétive s'applique en raison du défaut de volonté exprimée. Et cette application n'a entraîné aucun coût, aucun effort particulier.

- soit les parties estiment que la règle supplétive n'est pas adaptée à leurs attentes, auquel cas elles exprimeront une intention différente.

L'utilité économique de la règle supplétive réside donc dans le fait que les parties à un contrat n'écarteront la règle supplétive que si le coût que cette mise à l'écart entraîne est inférieur à la satisfaction qu'elles retirent de l'application de la règle supplétive.

Prenons un exemple. Il existe en droit français un régime matrimonial supplétif qui gouverne les relations patrimoniales des époux (c'est le régime dit de communauté réduite aux acquêts). Si les époux considèrent que ce régime est adapté à leur situation, ils n'ont rien à faire, aucun effort à fournir, aucune dépense à effectuer ; ce régime leur est automatiquement applicable. Mais il est possible que les époux considèrent qu'un autre régime matrimonial leur donnerait une plus grande satisfaction. Cette mise à l'écart du régime matrimonial supplétif a un coût, ne serait-ce que parce qu'il faut aller devant un notaire. On peut penser que les époux n'engageront ces dépenses que si la satisfaction qu'il retire du régime matrimonial choisi est supérieure à la satisfaction qu'ils auraient retiré de l'application du régime matrimonial supplétif.

Toujours au soutien du bien-fondé économique de la règle supplétive, on peut affirmer que la règle supplétive est une technique qui simplifie la conclusion des contrats, en permettant aux parties de se concentrer uniquement sur les éléments qui doivent faire l'objet d'une négociation, ce qui réduit les frais. La règle supplétive est une technique qui facilite les échanges en réduisant les efforts à fournir. Sans ces règles, les parties seraient contraintes de prévoir toutes les éventualités possibles, ce qui serait ruineux et, en définitive, dissuaderait les parties à conclure des contrats. En un mot et pour utiliser le langage des économistes, on peut dire que la règle supplétive est une technique qui réduit les « coûts de transaction ».

Il faut ajouter que la règle supplétive offre une sécurité juridique puisque les parties savent à l'avance que la règle s'appliquera nécessairement à leur situation. Par exemple, il suffit que les parties à un contrat de vente négocient la chose et le prix. Le reste n'a pas à être négocié et stipulé, et ce silence n'est pas une source d'insécurité. Le vendeur sait à quoi il est tenu (par exemple, il doit garantir l'acheteur contre les vices cachés) et l'acheteur sait à quoi il peut prétendre (par exemple, il sait ne pas pouvoir engager la responsabilité du vendeur pour un vice apparent).

Il reste alors à savoir quel doit être le **contenu** de la règle supplétive pour qu'elle remplisse le plus efficacement possible sa fonction.

---

<sup>21</sup> V. C. Pérès, *La règle supplétive, op. cit.*, p. 432 et s.

Théoriquement, la réponse proposée est que la règle supplétive doit être la règle que les parties auraient choisie si l'existence des « coûts de transaction » ne les avaient pas dissuadées de s'exprimer sur ce point.

Cette réponse n'est pas totalement convaincante et ce pour deux raisons.

D'abord, parce qu'il n'est pas facile, concrètement, de déterminer ce qu'auraient voulu les parties, lesquelles n'ont pas toujours un comportement rationnel.

Ensuite et surtout, parce qu'il peut y avoir un intérêt, économiquement, à ce que la règle supplétive ne soit pas celle que les parties auraient voulu si elles avaient négocié, mais, au contraire, celle dont les parties ne veulent pas. Le but est alors d'inciter les parties à négocier et à compléter elles-mêmes leur contrat. C'est ce que nous allons voir à présent en abordant ce que l'on appelle des règles supplétives répulsives (ou en anglais des « *penalty default rules* »).

## II. LA RÈGLE SUPPLÉTIVE RÉPULSIVE

Indiquons ce qu'est la règle supplétive répulsive (A) avant d'en donner une illustration en droit français (B).

### A. La notion de règle supplétive répulsive

Contrairement à une idée reçue, le contenu de la règle supplétive ne correspond pas toujours à celui que les parties auraient voulu si elles avaient négocié sur le point litigieux.

Parfois l'auteur de la règle supplétive, que ce soit le législateur ou le juge, veut sanctionner le silence des parties et les inciter à déroger à la règle supplétive. Comment inciter les parties à déroger à une règle supplétive ? Tout simplement en prévoyant une règle qui *a priori* ne répond pas à leurs attentes. Autrement dit, la règle supplétive répulsive est la règle que les parties n'auraient pas voulue.

C'est une règle supplétive qui, contrairement aux autres règles supplétives, n'incarne pas un modèle idéal que l'ordre juridique chercherait à promouvoir. Ici, l'ordre juridique utilise la règle supplétive comme un instrument visant à inciter les parties à exercer leur liberté contractuelle, en sanctionnant le silence là où une expression de volonté aurait été souhaitable. Le législateur ou le juge préférerait que les parties expriment leur volonté. La règle supplétive répulsive ne s'applique que faute de mieux, pour « sanctionner » ceux qui n'ont pas fait l'effort de l'écartier<sup>22</sup>.

En voici à présent une illustration.

### B. Illustration : l'absence de révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances

Il existe en droit français, comme en droit chilien semble-t-il, une règle qui interdit au juge de réviser le contrat en cas de changement de circonstances, même si ce changement a pour effet d'entraîner un déséquilibre économique important entre les parties.

Lorsqu'un tel changement de circonstances intervient, deux hypothèses doivent être distinguées. Soit les parties ont prévu un mécanisme de révision et il faut l'appliquer. Soit les parties n'ont rien prévu et le contrat doit être exécuté comme initialement prévu, à moins qu'il y ait une impossibilité caractérisant la force majeure ou à moins que les parties décident

---

<sup>22</sup> Pour un exposé plus complet, V. C. Pérès, *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 435 et s. et les références citées.

spontanément, alors que rien ne les y oblige, de renégocier le contrat. Mais ce qui est certain, c'est qu'il n'est pas possible de demander au juge de réviser le contrat. Depuis plus d'un siècle, la Cour de cassation refuse de reconnaître au juge le pouvoir de réviser le contrat même si l'exécution du contrat est devenue inéquitable.

Cette règle est très souvent critiquée par les auteurs français. Beaucoup d'entre eux estiment qu'elle est dépassée, trop rigide, injuste. Pourtant, à bien y réfléchir, la règle posée par la Cour de cassation peut être défendue de la manière suivante. La règle interdisant au juge de réviser le contrat en cas de changement de circonstances est une règle supplétive répulsive<sup>23</sup>. Il est exact que c'est une règle rigide et pouvant aboutir à des résultats inéquitables. Mais c'est précisément le but recherché ! La règle est maintenue par la Cour de cassation pour inciter les parties à l'écartier, c'est-à-dire pour inciter les parties à prévoir elles-mêmes un mécanisme de révision ou d'adaptation de leur contrat. L'objectif recherché est de pousser les parties à traiter elles-mêmes le déséquilibre causé par un éventuel changement de circonstances.

Mais pourquoi inciter les parties à prévoir elles-mêmes un mécanisme de révision de leur contrat ? En quoi est-ce justifié économiquement alors que l'on a vu plus haut<sup>24</sup> que l'utilité économique de la règle supplétive était précisément d'éviter le plus possible aux parties d'engager des négociations en répondant par avance à leurs attentes ?

La réponse que l'on peut avancer est que le juge sait qu'il n'est pas le mieux placé pour réviser le contrat (qui par hypothèse s'inscrit dans une assez longue durée). Le juge considère qu'il révisera mal le contrat ou, en tout cas, qu'il le révisera moins bien que les parties. Pour quelles raisons en est-il ainsi ? D'une part, parce qu'il est vraisemblable que le juge est moins bien informé que les parties des divers paramètres économiques en rapport avec l'objet du contrat. Et d'autre part, parce que le juge connaît moins bien que les parties leurs intérêts respectifs. Par conséquent, c'est aux parties que doit revenir en priorité la tâche d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances. C'est le but de la règle défendue par la Cour de cassation que de les y encourager.

Pour conclure, on fera observer que l'opinion ici défendue a tout de même une limite<sup>25</sup>. Elle ne vaut que si, au moment de la conclusion du contrat, les parties sont informées et à égalité et ont par conséquent le pouvoir de négocier un mécanisme de révision du contrat. Dans ce cas, l'analyse présentée est pertinente. En revanche, si les parties ne sont pas à égalité ou si elles sont mal informées, la fonction incitative de la règle supplétive ne peut pas jouer en pratique<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> V. en ce sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, n° 471 ; C. Pérès, *La règle supplétive, op. cit.*, p. 572.

<sup>24</sup> V. *supra* I B.

<sup>25</sup> Une autre limite consiste à souligner que la fonction incitative n'est pas propre à l'absence de révision judiciaire. Après tout, la modification du contrat par le juge peut aboutir aux mêmes conséquences. Les parties qui ne sont pas satisfaites par le jugement renégocieront leur contrat ; mieux, plus la révision judiciaire est grossière, plus l'incitation à la révision du contrat par les parties sera forte ! A quoi l'on répondra que le résultat final n'est pas identique quelle que soit la règle juridique adoptée. En effet, si le pouvoir de réviser le contrat devait être conféré au juge, les parties seraient incitées à modifier leur contrat dans des termes voisins de ceux que le juge imposerait s'il était saisi, alors qu'en l'état actuel du droit positif, le contenu d'une éventuelle renégociation est librement déterminé par les parties.

<sup>26</sup> Cette limite a conduit les auteurs des *Principes du droit européen du contrat* élaborés sous la direction de O. Lando (version française préparée par G. Rouhette, Société de législation comparée, 2003) à repousser cette analyse et à admettre, à certaines conditions, la révision judiciaire du contrat, V. commentaire 1 sous article 6:111, spéc. p. 285.