

Thèse de Doctorat

Aude DOKA BOURA

*Thèse présentée en vue de l'obtention du
grade de Docteur de l'Université de Nantes
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire*

École doctorale : ED DEGEST

Discipline : *Droit privé et sciences criminelles*

Spécialité : *Droit privé*

Unité de recherche : *EA 1166 Institut de Recherche en Droit Privé*

Soutenue le *09 Novembre 2017*

Le juge du contrat et la clause résolutoire

JURY

Rapporteurs :	M. Grégoire JIOGUE, Professeur à l'Université de Yaoundé II M. François-Xavier LUCAS, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne
Examineur :	M. Jean-Claude NGNINTEDEM, Maître de conférences, HDR à l'Université de Ngaoundéré
Invitée :	Mme Carine BERNAULT, Professeur à l'Université de Nantes
Directeur de Thèse :	M. Joseph FOMETEU, Professeur à l'Université de Ngaoundéré
Co-directeur de Thèse :	M. Philippe BRIAND, Professeur à l'Université de Nantes

UNIVERSITÉ DE NGAOUNDÉRE
Faculté des sciences juridiques et politiques



Département de droit privé
**Unité de formation doctorale droit et
science politique**

UNIVERSITÉ DE NANTES
Faculté de Droit et de Science Politique



*Institut de Recherche en Droit Privé
(IRDP)
DEGEST*

Le juge du contrat et la clause résolutoire

THÈSE EN COTUTELLE

Présentée et soutenue en vue de l'obtention du diplôme de Doctorat/Ph. D

Parcours : Droit privé

Par

DOKA BOURA Aude

Titulaire d'un Master recherche en droit privé fondamental

Matricule : 04A123JP/12G573R

Jury

BERNAULT C.	Professeur	Université de Nantes	Présidente
LUCAS F-X	Professeur	Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne	Examineur
NGNINTEDEM J-C.	Maître de conférences	Université de Ngaoundéré	Rapporteur
JIOGUE G.	Professeur	Université de Yaoundé II	Rapporteur
FOMETEU J.	Professeur	Université de Ngaoundéré	Directeur
BRIAND Ph.	Professeur	Université de Nantes	Directeur

Année 2017

AVERTISSEMENT

Les Universités de Ngaoundéré et de Nantes n'entendent donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DÉDICACES

- À mes parents dont la fidélité, le dévouement et l'aide m'ont toujours été précieux.
- À mon époux, mon Guillaume sans qui rien n'eut été.
- À mon précieux fils Lahel.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer, tout d'abord, ma reconnaissance à mes directeurs de thèse, les Professeurs Joseph FOMETEU et Philippe BRIAND, pour leur attention et leurs conseils qui m'ont permis de mener à terme cette recherche. Leur disponibilité, leur patience et leur humanisme m'ont été particulièrement démontrés durant toute la période de réalisation de cette Thèse.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble du corps professoral de l'UFD Droit et Science politique de l'Université de Ngaoundéré, précisément aux Professeurs Jean-Claude NGNINTEDEM et Athanase FOKO. Nous remercions également le Professeur Yvon DESDEVISES de l'Université de Nantes pour l'importante documentation mise à ma disposition et les conseils scientifiques dont il m'a gratifiée.

Merci aux Docteurs Léon HOUNBARA, Diane WAGOUE, Yannick NKOULOU, Siméon KOUAM, Léonard LEMO, Alfred DUI. Merci également à mes camarades et amis Marina Aline BANG NTAMAG, BELLO IBRAHIM et POUTOUOCHI IKENG RAINATOU qui se sont investis dans la fastidieuse tâche de la relecture et précisément pour la franchise de leurs observations.

Je sais gré à tous les membres de ma famille pour leur soutien pendant toute ma formation, particulièrement mon grand frère Serge YAMIGNO DOKA, pour la « pression » fructueuse qu'il pouvait me mettre dans le souci de voir achevé ce travail. Qu'ils trouvent en ces mots l'expression de ma gratitude.

Je témoigne enfin ma gratitude à Mme Marie-Odile PESSU, qui m'a accueillie à l'IRDP de Nantes, merci pour sa disponibilité, son orientation, son grand sens de l'humanisme et la facilitation de mes recherches à Nantes.

PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Al.	: Alinéa
Art.	: Article (s)
AUDCG.	: Acte Uniforme OHADA portant Droit Commercial Général
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C. Civ.	: Code civil
CA	: Cour d'appel
Cah. dr. entr.	: Cahier de droit de l'entreprise
Ass. Plén.	: Assemblée plénière de la cour de cassation française
Cass. civ. 3ème.	: Troisième chambre civile de la Cour de cassation française
Cass. com. / Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim. /	: Chambre criminelle de la Cour de cassation française
Cass. soc./ Soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
CCJA	: Cour commune de justice et d'arbitrage
cf.	: Confer (se reporter à)
Chron.	: Chronique
Coll.	: Collection
Contrats, conc et consomm,	: Contrat concurrence et consommation
CPC	: Code de procédure civile (français)
CPCC	: Code de procédure civile et commerciale du Cameroun
CS	: Cour suprême
D.	: Recueil Dalloz
Dr. et proc.,	: Droit et procédures, la revue des huissiers de justice
Dr. et patr.	: Revue Droit et patrimoine
éd.	: Edition
EDED	: L'Essentiel du Droit des Entreprises en Difficulté
EJT	: Editions juridiques et techniques
ERSUMA	: Ecole Régionale Supérieur de la Magistrature de l'OHADA

Ex.	: Exemple
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
Ibid.	: Ibidem (ouvrage ou article indiqué dans la précédente citation)
Infra	: Ci-dessous
J.-Cl.	: Juris-classeur
J.-cl. proc. civ.	: Juris-classeur procédure civile
JCP	: Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
JCP G	: Juris-classeur périodique (La semaine juridique) – Edition générale
JCP E	: Juris-classeur périodique (La semaine juridique) – Edition entreprise
JO	: Journal officiel
JP	: Juridis Périodique
JT	: Journal des tribunaux
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	: Les Petites affiches
n°	: Numéro
NCPC	: Nouveau code de procédure civile
Obs.	: Observations
OHADA	: Organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires
Op. cit.	: <i>Opus citatum, opere citato</i> (ouvrage ou article cité plus haut)
p.	: Page (s)
Préc.	: Précité
Préf.	: Préface
PUAM	: Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUCAC	: Presses de l’Université catholique de l’Afrique centrale
PUF	: Presses universitaires de France
RCD	: Revue camerounaise de droit
RDC	: Revue des contrats
RDSS	: Revue de droit sanitaire et social

Rec.	: Recueil
Rép. D. dr. civ.	: Répertoire Dalloz droit civil
Rép. D. proc. civ.	: Répertoire Dalloz procédure civile
Rev. dr. pén. crim.	: Revue de droit pénal et de science criminelle
Rev. Huiss	: Revue des huissiers
RGP	: Revue générale des procédures
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
RJC	: Revue de jurisprudence commerciale
RLDC	: Revue Lamy de droit civil
RRJ	: Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
RTD civ. / com.	: Revue trimestrielle de droit civil / de droit commercial
svt.	: Suivant (s)
Sous la Dir.	: Sous la direction de
Spéc.	: Spécialement
<i>Supra</i>	: ci-dessus
t.	: Tome
TGI	: Tribunal de grande instance
Th.	: Thèse
TPI	: Tribunal de première instance
v°.	: Voir
Vol.	: Volume

RÉSUMÉ

Les parties, en insérant une clause résolutoire dans leur contrat peuvent exercer une réelle influence sur les pouvoirs du juge. En réalité au moyen de cette clause, ces parties cherchent à aménager les pouvoirs du juge aussi bien en amont à la conception, qu'en aval dans la mise en œuvre de cette clause. La plupart des pouvoirs du juge peuvent être affectés à des degrés divers par les prévisions des parties. Mais il demeure que les pouvoirs détenus par ces parties en présence d'une clause résolutoire ne sont pas absolus et peuvent présenter à certains moments de réels dangers. En effet, le juge ne fait pas preuve d'une soumission totale aux prévisions des contractants en présence d'une clause résolutoire. Si ce juge a, dans certains domaines de cette clause perdu l'exclusivité, cette exclusivité n'a tout de même pas disparu. L'*imperium* du juge fait parfois concurrence avec celui des contractants pour rappeler ces derniers à l'ordre lorsque cela est nécessaire. Dans ce sens, le juge réagit par exemple en contrôlant, en qualifiant, en interprétant et en constatant l'acquisition de cette clause que les parties ont cru pouvoir mettre à l'abri de son intervention. Cependant, il n'est pas question d'annihiler les attentes des parties en présence d'une clause résolutoire en appelant une intervention sans limite du juge. Mais il s'agit de proposer, en les encourageant, et de façon concrète les voies que le juge peut emprunter pour ressurgir efficacement en présence d'une telle clause, et l'avantage que peut représenter ces interventions pour le contrat pris de façon générale. La finalité recherchée étant de promouvoir une attitude du juge suffisamment conciliatrice aussi bien des intérêts contractuels que généraux.

Mots clés : clause résolutoire, pouvoir modérateur du juge, office du juge, contrat.

ABSTRACT

The parties, by inserting a resolatory clause in their contract, can exert a real influence on the powers of the judge. In fact, by means of this clause, these parties seek to adjust the powers of the judge both upstream to the design and downstream in the implementation of this clause. Most of the judge's powers may be affected to varying degrees by the parties' predictions. But the fact remains that the powers held by these parties in the presence of a resolatory clause are not absolute and may at certain moments present real dangers. Indeed, the judge does not show a total submission to the forecasts of the contractors in the presence of a resolatory clause. If this judge has, in some areas of this clause lost exclusivity, this exclusivity has still not disappeared. The imperium of the judge sometimes competes with that of the contractors to call the latter to order when necessary. In this sense, the judge reacts by, for example, controlling, qualifying, interpreting and noting the acquisition of this clause that the parties thought they could protect him from his intervention. However, there is no question of annihilating the expectations of the parties in the presence of a resolatory clause by calling an intervention without limit of the judge. But it is a question of proposing, by encouraging them, and in a concrete way the ways that the judge can borrow to resurface effectively in the presence of such a clause, and the advantage that these interventions can represent for the contract taken generally. The aim is to promote a sufficiently conciliatory attitude of the judge as well as contractual and general interests.

Keywords: rescission clause, judge's moderating power, judge's office, contract.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE : LE CONTOURNEMENT ENVISAGÉ DU JUGE PAR LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE.....	26
TITRE I : LE CONTOURNEMENT RECHERCHÉ DU JUGE PAR LA STIPULATION D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE	28
CHAPITRE I : LA RECHERCHE DE RÉDUCTION DES POUVOIRS DU JUGE PAR L'INSERTION D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE DANS LE CONTRAT	30
CHAPITRE II : LA RECHERCHE DE L'ÉVICTION DU JUGE PAR L'INSERTION DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE DANS LE CONTRAT.....	59
TITRE II : LE CONTOURNEMENT RECHERCHÉ DU JUGE DANS LE MÉCANISME DE LA CLAUSE RESOLUTOIRE	91
CHAPITRE I : LA RECHERCHE DU CONTRÔLE DE L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE	93
CHAPITRE II : LES RECHERCHE DU CONTRÔLE DES POUVOIRS DU JUGE DANS L'HYPOTHÈSE D'INEXECUTION	127
PARTIE II- LE CONTOURNEMENT IMPOSSIBLE DU JUGE PAR LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE	164
TITRE I- LES FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DU JUGE EN PRÉSENCE D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE	167
CHAPITRE I- L'INTERVENTION FONDÉE SUR LA MISSION PROTECTRICE DU JUGE.....	169
CHAPITRE-II L'INTERVENTION FONDÉE SUR LA MISSION MORALISATRICE DU JUGE	200
TITRE II- L'ÉTENDUE DE L'INTERVENTION DU JUGE EN PRÉSENCE D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE.....	234
CHAPITRE I : L'EXAMEN DES EXIGENCES RELATIVES À LA RÉDACTION DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE.....	236
CHAPITRE II- LE CONTRÔLE DE LA MISE EN DEMEURE	260
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	295
BIBLIOGRAPHIE	304
TABLE DES MATIÈRES	351

ÉPIGRAPHE

« Le plus insupportable lors d'une rupture non souhaitée n'est-il pas, en vérité, que quelqu'un d'autre s'arroge du droit de décider du sort de nos lendemains ? »

Erard de la Reid, *Carnets d'Erard*, 20 janvier 2012.

INTRODUCTION GENERALE

1. Il semble bien loin le temps où on décrivait le contrat comme cette institution statique reflétant uniquement ce que les parties ont voulu. Le contrat était « *souvent perçu comme un instrument immuable hérité du droit romain* »¹. Ce contrat était associé à l'idée de stabilité ; car en effet, « *traditionnellement, le contrat apparaît comme un moyen donné aux parties d'exercer une certaine emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible, ou même le simple changement de volonté. Instrument de prévisibilité au service de la sécurité, il constitue une bulle protégée de l'influence extérieure, un monde clos sur la stabilité duquel les parties peuvent compter* »². Partant de cette idée, la rupture du contrat avait alors une connotation négative et inspirait la méfiance puisqu'elle ruinait la confiance qu'avait placée la partie contractante dans l'engagement souscrit³. Cette époque est à présent révolue.

2. Le contrat naissant d'un accord de volontés, pour la faire « *mourir* » il faut autant de consentements qu'il y a de parties à l'acte. En effet, le contrat est selon l'article 1101 du Code civil camerounais « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». Le nouvel article 1101 du Code civil français définit quant à lui le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». La volonté des parties irrigue le contrat tout entier. Ainsi, le contrat est la loi des parties et exclut de ce fait l'intervention d'une tierce personne. Mais en réalité, si généralement la naissance des contrats est conventionnelle, sa résolution ne l'est pas dans toujours. La résolution du contrat peut prendre plusieurs formes. Elle peut intervenir de façon judiciaire ou extrajudiciaire.

3. La résolution du contrat est l'anéantissement d'un contrat suite à l'inexécution de ses obligations par l'une des parties ; c'est « *l'anéantissement rétroactif d'un contrat*

¹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, n° 18, p. 29.

² C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD.civ.* 1997, p.35.

³ C. DEVASSE-BONTE, *Le rôle du juge dans le contrat : Etude du droit civil et du droit du travail*, Thèse Université des sciences sociales de Toulouse, Janvier 2008, n°1.

synallagmatique qui, fondé sur l'interdépendance des obligations résultant de ce type de contrat. Elle consiste à libérer une partie de son obligation, lorsque l'obligation de l'autre ne peut pas être exécutée, soit du fait de la faute de celle-ci, soit du fait d'une condition étrangère »⁴. Parmi les différents modes d'extinction du rapport contractuel⁵, la résolution occupe ainsi une place de choix, car elle est destinée à sanctionner l'inexécution des obligations prévues au contrat. Grande figure du droit des contrats, la résolution pour inexécution n'est pas facilement abordable. Il est étonnant que ce mécanisme soit d'un côté si connu dans son principe, mais de l'autre si trouble dans son application⁶. La résolution du contrat a connu beaucoup des mutations assez intéressantes. Certains relèveront d'ailleurs que, la résolution est un arbre qui cache la forêt⁷. En outre, le contrat pouvant être souvent lésionnaire dès sa formation, déséquilibré du fait des circonstances imprévues, ou encore perturbé du fait de l'inexécution d'une partie, la résolution de ce contrat peut être une solution d'appoint. La résolution procède en réalité de l'insatisfaction des parties et marque toujours l'échec du projet contractuel⁸.

4. Le droit romain était dominé par l'indépendance des obligations, contractuelles aussi ignorait-il la résolution pour inexécution⁹. La pratique romaine avait simplement imaginé d'insérer par exemple dans une vente un pacte commissoire qui donnait au vendeur le droit de résoudre le contrat si l'acheteur ne payait pas le prix convenu. Ce type de résolution résultait de la convention des parties. Le droit canonique de son côté, fortement inspiré par le principe du respect de la parole donnée, considérait qu'il n'était pas possible d'obliger une partie à un contrat à exécuter ses obligations dans les cas ou

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, P.U.F, 8^e éd. 2009, v^o résolution.

⁵ Paiement, compensation, confusion, novation ...

⁶ TH. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf L. LEVENEUR, LGDJ 2007, n^o 1, p. 1.

⁷ TH. GENICON, *op.cit*, n^o 4, p. 3.

⁸ A. BRES, *La résolution par dénonciation unilatérale*, Préf J. RAYNARD, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2009, n^o 1, p.1.

⁹ PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, (à jour de la réforme du droit des obligations), 8^e édition, LGDJ 2016, n^o 885.

l'autre parties n'exécuterait pas la sienne. C'est pourquoi ces canonistes ont admis que le créancier de l'obligation inexécutée pouvait s'adresser au juge pour résoudre le contrat. La résolution devait alors être prononcée par le juge qui exerçait un contrôle sur la gravité de l'inexécution reprochée. En droit français, le principe était celui de la résolution judiciaire du fait de l'ancien article 1184 du Code civil français qui disposait que : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice...* ». La combinaison des deux alinéas de cet article laisse croire que le juge était le seul à même de connaître de la résolution du contrat pour inexécution. En réalité, on considérait que le lien qui unissait le juge et la résolution était si étroit qu'il était difficile de faire un départ entre la résolution et le juge. En droit français, l'intervention du juge est véritablement mise en lumière¹⁰. Il convient de relever au-delà de tout que, lorsqu'on parlait de résolution, c'est son caractère judiciaire qui retenait tout d'abord l'attention. Au Cameroun, sur le plan légal, la résolution du contrat demeure en principe judiciaire. Contrairement au droit français et à titre de droit comparé, le droit anglais traite le *breach of contract* dans l'optique du créancier. Dans ce droit, la sanction de l'inexécution se conçoit comme un ensemble de remèdes mis à la disposition du créancier pour contrer tous les manquements de son débiteur¹¹.

5. Par la suite, dans le souci d'éviter les inconvénients inhérents à l'intervention judiciaire, précisément les frais à engager, l'attente plus ou moins longue, l'aléa relatif à

¹⁰ J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence, 1993, p. 99.

¹¹ H. BEALE, « L'intervention du juge dans l'exécution des contrats de distribution en Angleterre, », in *Le contrat cadre de distribution : Enjeux et perspective. Regards sur le contrat de distribution dans l'Union européenne*, Colloque organisé les 11 et 12 décembre 1996, *JCP. E* 1997, supplément 3/4 du n° 31-35 du 31 juillet 1997.

l'issue de l'instance, on a assisté à la naissance d'autres modes de résolution qui, cette fois, n'étaient plus judiciaires, mais émanaient de la seule volonté des parties. Il s'agit précisément des modes de résolution qu'on peut regrouper sous le vocable de résolution extrajudiciaire. La résolution extrajudiciaire désigne tout mode de résolution du contrat qui trouve son fondement dans la volonté des parties et se réalise hors la présence du juge. Un tel moyen de justice privée apparaît certes contraire à l'adage selon lequel « *nul ne peut se faire justice à soi-même* », mais il n'en est pas moins toléré, lorsque la gravité du comportement de l'une des parties est telle que l'autre est contraint de mettre fin au contrat. En France, la première chambre civile de la Cour de cassation a reconnu pour la première fois la résolution unilatérale dans un arrêt de rejet du 13 octobre 1998¹² en ces termes : « *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* ». En effet, même si au départ cette résolution ne faisait pas l'unanimité dans la doctrine française¹³, elle semble majoritairement être admise aujourd'hui¹⁴.

La résolution extrajudiciaire concerne tous les contrats. Elle s'impose comme un mode autonome de rupture. De façon concrète, un contractant victime d'un manquement contractuel, n'a plus uniquement besoin de saisir le juge pour obtenir la sanction du manquement en question, il dispose de plusieurs mécanismes lui permettant de procéder à la résolution du contrat sans recourir au juge. En réalité, « *s'il se heurte à l'inexécution pure et simple de sa créance de faire, il peut unilatéralement mettre en jeu la faculté de remplacement et ainsi faire exécuter l'obligation du débiteur par un tiers, sans qu'il lui*

¹² Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *Bull. civ. I*, n° 300, *D.* 1999, jur., p. 197, note CH. JAMIN, *D.* 1999, somm., p. 115, obs PH. DELEBECQUE., *Défrénois* 1999, p. 374, note D. MAZEAUD., *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J.MESTRE., *RTD civ.* 1998, p. 506, obs. J. RAYNARD.

¹³ CH. JAMIN., « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », *in*, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 71.

¹⁴ L. AYNES, PH. DELEBECQUE et PH. STOFFEL-MUNCK, « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Dr. & patr.* 2004, n° 126, p. 55.

soit nécessaire désormais de demander l'autorisation préalable du juge dans cette perspective »¹⁵.

6. Plus encore, la récente réforme du Code civil français issue de l'ordonnance du 2016-131 du 10 février 2016 fait de la résolution unilatérale un mode de résolution concurrent à la résolution judiciaire. Cette réforme est intéressante relativement à la résolution du contrat, car en effet, l'ancien article 1184 du Code civil, qui fondait le principe de la résolution du contrat, cède la place au nouvel article 1227 qui dispose clairement que : « *la résolution peut, en toute hypothèse être demandée en justice* ». L'on peut noter qu'il y a une nette différence avec l'ancienne formule de l'article 1184 qui disposait que, « *la résolution doit être demandée en justice* ». La résolution judiciaire passe d'un impératif « *doit* » à une simple faculté « *peut* ». Concrètement, cette récente réforme diversifie les modes de résolution unilatérale. Dans ce sens, le nouvel article 1217 du Code civil dispose que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution* ». La pratique s'est emparée du pouvoir de sanction de l'inexécution substituant à l'appréciation du juge, l'appréciation du créancier insatisfait¹⁶. Cette appréciation du créancier trouve à s'exprimer au travers de plusieurs modes de résolution qui lui sont offerts. Parmi ces modes, on retrouve la résolution susceptible de naître du fait de l'inexécution du contrat dans lequel est inséré une clause résolutoire. L'on observe que désormais les parties ont la possibilité d'évincer le juge en aval et surtout en amont par l'insertion d'une clause résolutoire dans leur contrat.

Le pouvoir de résoudre le contrat n'est donc pas aujourd'hui, plus seulement judiciaire, mais résulte également d'une justice privée. D'ailleurs, l'article nouvel article

¹⁵ D. GUEVEL, « La place du juge en droit des contrats », in Colloque sur *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *Revue des contrats* n° 2, 2016, préc n° 29.

¹⁶ V. FRASSON, *Les clauses de fin de contrat*, Thèse université de Lyon III Jean Moulin 2014, n°492, p.174.

1224 du Code civil français énumère les différents modes de résolution du contrat en ces termes « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ». Ce qui attire l'attention dans cette énumération c'est l'ordre chronologique selon lequel ces différents modes de résolution sont cités. En effet, le fait que les autres modes de résolutions sont énumérées avant la résolution judiciaire peut laisser croire en l'importance accordée par le législateur français à ces modes de résolution qui s'opèrent du fait de la volonté. Le constat est pourtant que la clause résolutoire est un sujet d'actualité.

7. Mécanisme aujourd'hui largement utilisé par la pratique, la clause résolutoire matérialise en effet l'octroi d'un pouvoir de décider de la survie du contrat aux parties. Cette clause désigne « *Toute clause par laquelle les parties adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de la demander au juge.* »¹⁷. La clause résolutoire représente de même, toute clause visant à rompre le contrat sans distinction selon son origine¹⁸. Cette clause est, en outre, la sanction de l'inexécution abusive par la rupture du contrat¹⁹. En d'autres termes, la clause résolutoire consiste à octroyer au créancier le droit de résoudre le contrat sans l'intermédiaire du juge. Une clause résolutoire est plus précisément une disposition particulière d'un contrat « *synallagmatique* ». Précisément, elle est insérée dans un contrat dans lequel les parties ont des obligations réciproques, elle consiste à effacer rétroactivement les obligations des parties lorsque l'une d'entre elles n'exécute pas ses engagements. La clause résolutoire prévoit, en somme, la résolution du contrat,

¹⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, P.U.F, 8^e éd., 2009, v° Clause résolutoire.

¹⁸ Lamy droit des contrats 2013, Etude 455, n° 455-3.

¹⁹ V. FRASSON, *Les clauses de fin de contrat*, thèse Université de Lyon III JEAN-MOULIN, octobre 2014, n° 494, p.173.

c'est-à-dire l'annulation avec effet rétroactif en cas de manquement à une obligation contractuelle de l'une des parties.

8. L'existence de la clause résolutoire était déjà connue en droit romain. Aucun principe général de résolution judiciaire pour inexécution n'était admis pour les contrats nommés, les parties stipulaient souvent une clause dite *lex commissoria* qui correspondait à l'actuelle clause résolutoire. La clause résolutoire est devenue incontournable. En effet, dès la naissance du contrat, les parties anticipent les conséquences de l'éventuelle inexécution de leur partenaire. Cette clause a pris une place prépondérante dans le paysage juridique en reléguant l'intervention du juge à un second plan²⁰. La clause résolutoire exprime la volonté des parties, une volonté de maîtriser pleinement le destin du contrat, sans qu'un tiers, le juge, puisse intervenir. La validité de ces clauses est admise depuis fort longtemps²¹. La clause résolutoire est fondée sur le principe d'autonomie de la volonté, lequel transcende l'ensemble du droit contractuel. La clause résolutoire est une manifestation de la liberté contractuelle des parties. Elle n'est pas « *illicite* », par conséquent, l'insertion d'une telle clause dans le contrat est conforme à la loi.

9. Ignorée aussi bien par le Code civil camerounais que l'ancien Code civil français, pour trouver la trace d'un tel mécanisme on se referait à la jurisprudence ou à la doctrine et les droits étrangers. Mais à présent, il est intéressant et novateur de relever que le nouvel article 1224 du Code civil français²² fait expressément référence à la clause résolutoire en ces termes « *la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une*

²⁰ W. DROSS, *Clausier*, Litec, 2^{ème} éd. 2011, p. 659.

²¹ Cass. Civ., 2 juillet 1860 *D.P.* 1860, 1, p. 284. Il n'est pas « défendu aux parties, par une convention expresse, d'attacher (à l'inexécution du contrat) les effets d'une condition résolutoire, précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui les ont faite ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer ».

²² Contrairement au Code civil Camerounais qui a gardé l'ancienne formule de son article 1184.

mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit d'effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire ». Au travers de ce qui précède, le mécanisme de la clause résolutoire est explicitement reconnu dans le Code civil français. Il n'est plus surprenant de noter que la clause résolutoire « *constitue un acte de justice privée* »²³.

10. Sur le plan régional en Afrique, l'article 133 de l'Acte uniforme OHADA portant droit commercial général dispose que : « *le contrat de bail peut prévoir une clause résolutoire de plein droit...* ». Il convient de noter que l'admission expresse du jeu de la clause résolutoire de plein droit est une innovation majeure de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010. L'article 133 prévoit donc expressément la possibilité de faire usage d'une clause résolutoire en même temps que cet article procède à une attribution de compétence. Il faut préciser d'emblée que cette disposition ne peut s'appliquer sans que la qualification de bail commercial du contrat ne soit relevée²⁴. Le droit OHADA s'inscrit dans cette logique et ne s'oppose pas, de façon systématique à cette clause en écartant uniquement celles qui trouveraient leur justification dans les difficultés économiques du débiteur ou de son entreprise²⁵. De même, dans d'autres pays africains à l'image du Sénégal, il est admis que chaque contractant, pour éviter de devoir recourir au juge aux fins de résolution de la convention dans certaines conditions peut veiller à l'insertion d'une clause résolutoire²⁶.

²³ Paris 6^e ch. A, 19 juin 1990, D. 1991, 515-518, note Y. PICOD.

²⁴ CA Douala, N° 39/REF, 8-1-2003 : Dame JOUMANI née NGANSI Thérèse c/ ELESSA NGOUBO Richard et autres.

²⁵ A. DIOH, « Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur en droit OHADA, Etude à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, Mars 2013, p.135.

²⁶ C'est ce qui résulte de l'article 106 du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais qui dispose que, « *sauf disposition légale contraire, les parties peuvent convenir, qu'à défaut d'exécution, le contrat sera résolu de plein sans sommation. Elles peuvent également convenir que le contrat sera résilié de plein droit à dater de la notification au débiteur défaillant des manquements constatés à sa charge* ».

11. Au Cameroun, le bailleur peut obtenir de la juridiction compétente la résiliation d'un bail commercial assortie d'une clause résolutoire de plein droit et l'expulsion du preneur qui ne s'acquitte pas de ses obligations locatives après une mise en demeure d'avoir à respecter les clauses et conditions du bail demeurées infructueuses à l'issue du délai d'un mois²⁷. Une décision importante de la Cour Suprême du Cameroun fait expressément recours à la clause résolutoire en ces termes : « *considérant que la clause du bail portant qu'à défaut de paiement d'un seul terme du loyer, ce bail sera résilié de plein droit après commandement non suivi de paiement dans un certain délai, et sans autre formalité, est licite ...* »²⁸.

12. Avec la clause résolutoire, le contrat devient véritablement cet acte de prévision qu'appréciaient tant certains auteurs²⁹. Mais surtout, elle a l'avantage d'être pratique, simple et rapide à mettre en œuvre. Elle évite l'aléa attaché à toute décision du juge, « *face à l'insuffisance de la résolution judiciaire, lente et aléatoire, le contractant cherche protection dans les clauses résolutoires* »³⁰. De même, la clause résolutoire permet en réalité à la partie victime d'une inexécution contractuelle, de contourner l'obligation de recourir à la résolution judiciaire. Elle écarte par la même occasion l'application du droit commun de la résolution pour inexécution et apparaît comme une convention dérogatoire à ce droit commun de la résolution³¹. Acte de prévision, le contrat qui contient une clause résolutoire est aussi le siège d'une véritable sécurité juridique. La clause résolutoire constitue ainsi une sorte de garantie d'exécution.

²⁷ Tribunal de première instance d'Edéa, ordonnance n°13/ord/013 du 11 avril 2013, sieurs BAYEBEC Alain Guy, BAYEBEC Pierre Alexis, dame BAYEBEC Pauline Sylvie

²⁸ Cour suprême, arrêt n° 158/CC du 15 septembre 1983, affaire NJEMBELE EKALLE Piddy C/ Consorts RJOUM TOUBE Guillaume, RCD, n° 29, 1985, p. 248 et s.

²⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, rééd. Paris, Dalloz, 2010 p. 206 ; H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, Paris 1999, p. 643 et svt.

³⁰ CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, Préf J. DEVEZE, n° 112, p.121.

³¹ J. GHESTION, M. BILIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ 1992, n° 434, p. 442; E. LOQUIN, « Clauses dissuasives des litiges », *Jurisclasseur contrats-distribution*, fasc. 135, 1989, n°111, p. 18.

En outre, la clause résolutoire se révèle socialement utile car elle favorise l'exécution du contrat et élimine les contrats non exécutés³². Cette clause, signée lors de la conclusion du bail, à titre d'exemple, a un caractère contractuel. Elle doit prévoir expressément que si le locataire n'exécute pas l'une de ses obligations malgré un commandement officiel d'avoir à le faire, et passé un certain délai, le bail sera résilié automatiquement, sans possibilité pour le juge d'en décider autrement. On voit donc que la clause résolutoire est généralement stipulée dans l'intérêt du créancier pour lui permettre d'obtenir rapidement et aisément l'exécution. Il est incontestable que l'inexécution du contrat « ébranle l'ordre juridique, trouble le circuit économique, lèse des intérêts qui dépassent de loin ceux du seul créancier »³³. Les parties disposent ainsi, au moyen d'une clause résolutoire, de la possibilité de contrôler l'inexécution de leur contrat.

13. Tous les contrats s'inscrivent dans un cadre juridique particulier ou du moins se doivent de respecter les dispositions légales. La clause résolutoire prévue par les parties à un contrat doit de même être conforme à l'ordre public, car malgré la liberté dont bénéficient les contractants dans l'aménagement de cette clause, ils se doivent de respecter certaines limites et notamment celles fixées par les dispositions d'ordre public. La clause résolutoire pose souvent aux tribunaux certaines difficultés dans l'appréciation de sa délimitation. En effet, les juges du fond refusent de faire application de cette clause à l'inexécution d'une obligation d'ordre public, dès lors qu'il apparaît que celle-ci n'est pas explicitement reprise dans le contrat³⁴. De même, est nulle et de nul effet comme contraire à l'ordre public la clause contractuelle faisant par exemple

³² C. CARON, « La clause résolutoire en droit français », *Revue de la Faculté de droit de Sfax* 2000, p.70.

³³ J. DEPREZ, *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1964, t. XVII, p. 29.

³⁴ Cass. civ. 3ème 29 avril 1987 n°84-16692, *Rev. loyers* 1987 p.306 ; Cass. civ. 3ème 15 mars 1989 n°86-17792, *Rev. loyers* 1989 p.206, note C. BERNAULT ; Cass. civ. 3ème 19 avril 1989 n°87-17724, *Rev. Loyers* 1989 p.251.

interdiction au locataire d'adjoindre toute autre activité à celle prévue au bail commercial³⁵.

14. La clause résolutoire a plusieurs caractéristiques qu'il convient d'énumérer, bien que cette énumération ne soit pas exhaustive. La clause résolutoire doit opérer de plein droit ; elle peut jouer avec ou sans mise en demeure ; elle doit être précise et ne s'applique qu'aux seules obligations stipulées dans le contrat ; elle s'interprète strictement. La clause résolutoire assure la discipline contractuelle en jouant un rôle comminatoire et surtout en libérant le créancier d'un partenaire indiscipliné. Elle accorde donc au créancier un droit que, par exception, celui-ci ne tenait pas de l'ancien article 1184 du Code civil. Par ailleurs, elle joue un rôle analogue à l'astreinte. La menace de la sanction produit un effet psychologique sur la personne du débiteur et assure indirectement l'exécution du contrat³⁶. La clause résolutoire constitue en effet une illustration remarquable de la tendance générale des contractants à substituer aux règles légales d'avec des règles conventionnelles aménagées par la pratique. De nos jours, la plupart des systèmes juridiques reconnaissent la clause résolutoire et de nombreux codes civils étrangers y accordent un intérêt³⁷.

15. S'agissant des fonctions de la clause résolutoire, il faut relever qu'elle constitue un important instrument de protection des parties dans un contrat en ce sens que l'inégalité des parties lors de la conclusion du contrat accentue son originalité³⁸. Cette dernière permet donc d'obtenir la résolution automatique du contrat en cas de manquement aux obligations qu'elle vise, puisque les parties conviennent à l'avance que le contrat sera résilié de plein droit du seul fait de ces manquements, sans que les tribunaux ne puissent s'opposer : « *Elle est moins l'instrument de ruptures hâtives*

³⁵ Cour de cassation, chambre civile 3, du 28 mai 2003, 02-11.155.

³⁶ J. BORRICAND, *op.cit.* n° 9.

³⁷R. RODIERE, *Les effets du contrat dans les pays du marché commun*, Ouvrage collectif, Institut de droit comparé de l'Université de Paris II, éd. A. Pédone 1985.

³⁸ CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1996, p7.

qu'une puissante incitation au respect des engagements contractuels »³⁹. Ainsi, par son insertion dans les contrats, la clause résolutoire prive la résolution de son caractère judiciaire et la rend plus ou moins automatique⁴⁰. Elle permet également aux parties, par sa simplicité, de contourner le juge en « *échappant aux embûches et aux aléas d'une procédure judiciaire* »⁴¹.

Considérant le fait que dans la clause résolutoire, la résolution est la résultante de l'inexécution, la menace que fait peser une telle stipulation sur le débiteur ne fait pas de doute, car « *celui-ci sait que sa défaillance entraînera de plein droit la destruction rétroactive du contrat* »⁴². Dans ces conditions, il « *est tenu en haleine et incité à exécuter complètement et ponctuellement ses obligations* »⁴³. La clause résolutoire constitue donc « *une garantie très efficace de l'exécution du contrat* »⁴⁴. Il faut ainsi retenir qu'à travers de son caractère comminatoire, la clause résolutoire relève de la « *psychologie contractuelle* ».

16. On rattache la clause résolutoire aux clauses de pouvoir. Les clauses de pouvoirs sont des stipulations sources de prérogative ayant la nature de droits potestatifs⁴⁵. Ces clauses introduisent de l'unilatéralisme, « *aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* »⁴⁶, dans la structure contractuelle censée reposer sur le bilatéralisme. Par le mécanisme de la clause résolutoire, gardant à l'esprit la possibilité d'une intervention du juge, les parties tentent d'en assurer la prévisibilité au moyen d'une clause résolutoire. Si, en principe, un contractant ne peut s'arroger seul le droit de rompre le contrat, car il n'y a pas de

³⁹ DEVEZE, Préf thèse CH.PAULIN, *Clause résolutoire*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1996.XVII.

⁴⁰ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^{ième} éd. DALLOZ 2009, p. 673.

⁴¹ B. TEYSSSIE, « Les clauses de résiliation et de résolution », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1975, n°1, p.13.

⁴² D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1992, p 63.

⁴³ J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD. Civ.* 1957.433 et s., sp. p. 438.n°9.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e Etude J. GHESTIN*, LGDJ 2001, p. 747.

⁴⁶ Ph. STOFFET MUNCK, *L'abus dans contrat : Essai d'une théorie*, LGDJ 1999, n° 747, p. 544.

« *répudiation* » possible, rien n'empêche les parties de négocier des clauses leur donnant le droit bilatéral ou unilatéral de rompre le contrat. Parce que ces clauses auront été négociées et consenties par les parties, celles-ci s'emparent du pouvoir d'organiser la rupture du contrat. Elles vont devoir prévoir dans quelles conditions et le moment où le contrat pourra prendre fin⁴⁷.

On range de même le mécanisme de la clause résolutoire dans le courant subjectiviste du contrat. Dans la théorie du droit, subjectivisme et objectivisme apparaissent d'abord comme deux principales doctrines du Droit⁴⁸. La doctrine subjectiviste défend la théorie des droits subjectifs⁴⁹. Pour les tenants de cette tendance, le droit subjectif est au-dessus de toute construction juridique. Il s'entend des prérogatives reconnues aux individus et grâce auxquelles ils peuvent réclamer des autres et de la société, l'accomplissement de diverses prestations⁵⁰. En effet, la place du juge⁵¹ dans le contrat est appréhendée et appréciée différemment par les auteurs selon qu'ils sont de tendance subjectiviste ou d'obédience objectiviste. Pour les premiers, le contrat

⁴⁷ V. FRASSON, *Les clauses de fin de contrat*, *op.cit.* p.18, n°19.

⁴⁸ Y-S. NKOULOLOU, *Le contenu du contrat entre subjectivisme et objectivisme*, Thèse Université de Yaoundé II, 2011, n° 7, p. 7.

⁴⁹ Sur cette théorie, J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1983 ; *Archives de philosophie du droit*, t. IX, 1964, « Le droit subjectif en question ».

⁵⁰ En réalité plusieurs définitions ont pu être avancées pour définir le droit subjectif : « *puissance de volonté ou pouvoir de volonté accordé par l'ordre juridique* » pour WINSCHIED, « *pouvoir de vouloir* » pour le Doyen CARBONNIER, intérêt juridiquement protégé pour IHERING, « *appartenance maîtrise* » selon J. DABIN ; pour tout cela, v. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd. Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2003, n° 28, p. 38 et s. Cet auteur définit lui-même les droits subjectifs comme des « *prérogatives attribuées à des individus ou des groupes d'individus reconnus et protégés par le droit objectif, et qui leur confèrent certains pouvoirs leur permettant de préserver leurs intérêts dans un domaine réservé, en imposant à autrui le respect de leur droit* ».

⁵¹ Par juge, il sera entendu exclusivement le juge étatique, bien que ce terme générique puisse renvoyer au sens large à toute personne à laquelle les parties ont confié la mission de régler leur litige contractuel. Les modes alternatifs de règlement de litiges, et l'arbitrage en particulier, posent des problèmes tellement spécifiques et y apportent des réponses particulières qu'ils semblent mériter des études spéciales. V. par exemple : Mme BESMA ARFOUI épouse BEN MOULDI, *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, thèse, Limoges, 2008.

est l' « affaire » des parties contractantes et son contenu, le fruit de leurs libres volontés. Le principe est donc celui de la « *non-ingérence du juge dans le contrat* »⁵². Ses manifestations sont d'ailleurs assez nombreuses en droit positif⁵³. Pour les auteurs de la tendance objectiviste par contre, le couple juge-contrat n'est pas forcément impensable. L'on a ainsi à bon droit observé que « *Le phénomène actuel de l'accroissement des pouvoirs du juge atteint le domaine du contrat* »⁵⁴. Mais il convient de noter que « *la querelle du droit objectif et du droit subjectif est en grande partie une querelle de mots* »⁵⁵. Ces deux courants se rejoignent sur plusieurs terrains.

17. Il faut se garder de confondre la clause résolutoire avec des mécanismes voisins. La clause résolutoire se distingue de la clause de dédit, qui est une clause par laquelle une partie ou chacune d'elles reçoit le droit de se délier unilatéralement du contrat⁵⁶. Concrètement, la doctrine⁵⁷ définit la clause de dédit comme « *la possibilité pour l'une des parties de revenir sur son consentement défaisant ainsi le contrat formé* ». Au sens large, la clause résolutoire désigne toute clause visant à rompre le contrat, sans distinction selon son origine⁵⁸. Dans ce sens, la clause résolutoire intègre le mécanisme de la clause de dédit. Il est vrai que la clause résolutoire comme la clause de dédit assure une fonction dissuasive dans les contrats. Mais ce qui fait la particularité de clause de dédit par rapport à la clause résolutoire c'est que le dédit permet de retirer, pendant la phase d'exécution du contrat, le consentement valablement donné durant la

⁵² D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Mélanges Aubert*, Dalloz, 2005, p. 235 et s. spéc. n° 3, p. 236.

⁵³ Règles d'interprétation, refus de la révision judiciaire du contrat déséquilibrés, force obligatoire du contrat à l'égard du juge, etc.

⁵⁴ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 41 et s., spéc., p. 42 ; v. déjà, G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journée de la société de législation comparée*, 1979, p. 448, cité par D. MAZEAUD, art. préc. (« *Une des tendances majeures du droit privé est d'accroître les pouvoirs du juge* »).

⁵⁵ R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique*, th. Paris 1928, p. 209.

⁵⁶ L. BOYER, « La clause de dédit », *Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1989, p. 41.

⁵⁷ L. BOYER, *Contrats et conventions*, Rép. civ. D. 2010, n°214.

⁵⁸ Lamy Droit du Contrat 2013 Etude 455 n°455-3.

formation de celui-ci. En réalité contrairement à la clause résolutoire qui envisage les conséquences de l'inexécution du contrat, « *le dédit, lui, porte exclusivement sur le consentement. Il est juste retiré. Hier, je voulais, aujourd'hui, je ne veux plus* »⁵⁹.

La clause résolutoire est pareillement distincte de la clause créant une condition résolutoire qui est un événement futur et incertain dont la survenance provoque la résolution du contrat⁶⁰. Pendant que la condition résolutoire subordonne la résolution du contrat à l'arrivée ou non d'un événement futur et incertain, la clause résolutoire relie la résolution du contrat à l'inexécution d'une obligation contractuelle⁶¹. En réalité, « *bien que différentes, la condition résolutoire et la clause résolutoire sont souvent perçues comme des choses interchangeable ou comme si l'une était une variété particulière de l'autre* »⁶².

La clause résolutoire ne doit pas non plus être confondue avec le terme extinctif, qui est un événement futur et certain dont dépend l'extinction de l'obligation. Lorsque l'obligation ainsi affectée d'un terme constitue l'une des obligations essentielles du contrat, la survenance du terme provoque la cessation de l'exécution de la convention.

La clause résolutoire n'est non plus une clause pénale, laquelle est une évaluation conventionnelle et forfaitaire des dommages-intérêts contractuels en cas d'inexécution, destinées à éviter, entre les parties, les difficultés d'évaluation qui seraient susceptibles de surgir, dès l'instant où elles sont rédigées en toute objectivité⁶³. Par la clause pénale, les parties s'approprient le pouvoir d'évaluer les dommages intérêts, alors qu'au moyen de la clause résolutoire, ces parties s'investissent du pouvoir d'anéantir le contrat en cas d'inexécution.

⁵⁹ V. FRASSON, *Les clauses de fin de contrat*, Thèse, Université Jean Moulin (Lyon 3) 2014, n° 872, p.288.

⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2004, n° 01-01.429, *Bull. civ. I*, n° 204, *JCP E* 2004, 1818.

⁶¹ P. PRATTE, « Condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer », *Revue du Barreau/Tome 70/Automne 2011*, p.323.

⁶² *Ibid.*

⁶³ ⁶³ F. PASQUALINI, « La révision des clauses pénales », *Défrénois*, 30 juin 1995 n° 12, p. 769.

18. L'on saisit parfaitement que, contrairement à ses notions voisines, la grande finalité de la clause résolutoire est de contourner toute intervention du juge en cas d'inexécution du contrat. Il importe donc de délimiter la présente réflexion en définissant les notions qui composent sa formulation afin de déterminer ses enjeux.

Le titre de cette étude qui porte sur le juge du contrat et la clause résolutoire pourrait surprendre à plus d'un titre. L'association entre le juge et la clause résolutoire peut sembler « *adultérine* ». L'on entre quelque peu dans le domaine de la contradiction. Ce travail s'intègre parmi ceux dédiés aux clauses de pouvoir dont l'office du juge en est le centre. Il devient impératif de procéder quelques éclaircissements, tout en faisant certaines exclusions pour mieux cerner cette association entre le juge et la clause résolutoire. La présence d'une clause résolutoire dans un contrat peut à certains moments représenter un danger. Ce danger peut par exemple résulter de son automaticité en raison du fait qu'elle entraîne l'anéantissement massif des contrats. Dans ces conditions, l'on se demande si le recours au juge peut véritablement être exclu du fait d'une clause résolutoire. En réalité, si, a priori, la clause résolutoire a pour finalité de contourner l'intervention du juge dans le contrat en cas d'inexécution, le juge reste un acteur incontournable dans le contrôle des exigences de rédaction de cette clause ou de la bonne foi des parties. Ceci étant relevé, la détermination du juge compétent pour connaître du contentieux de l'inexécution d'un contrat dans lequel était insérée une clause résolutoire présente enjeux certain. Encore faut-il bien saisir avant toute chose le sens du mot juge utilisé dans ce sujet.

19. De quel contrat et de quel juge s'agit-il ? Tout d'abord la présente étude sera limitée à l'étude des interactions qui existent entre les pouvoirs du juge du contrat de droit privé et les pouvoirs des parties en présence d'une clause résolutoire. En réalité, le droit administratif des contrats prenant largement appui sur les notions contractuelles privatistes⁶⁴, c'est avant tout par l'observation du droit privé qu'il faudrait éclairer le contrat. Car, l'étude de l'ensemble des pouvoirs du juge en présence d'une clause

⁶⁴ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Panthéon-Assas, 2003.

résolutoire insérée dans les contrats de droit administratif serait impossible et même prétentieuse. La notion de clause résolutoire s'enracine plus en droit privé, raison pour laquelle le droit public sera exclu. L'on se limitera donc à la clause résolutoire insérée dans un contrat de droit privé.

20. Mais qu'est-ce qu'un juge? C'est la question que pose M. Georges WIEDERKEHR dans une étude⁶⁵. Pour ce dernier, dire que le juge est celui qui juge ne permet pas de cerner cette notion. Le juge est plutôt celui qui juge selon les lois et fixe le droit. En outre, le mot "juge" est une désignation générique qui s'applique d'abord aux professionnels dont la situation est régie par le statut de la magistrature et qui, à des degrés divers, participent au fonctionnement du service public de la justice. Le « juge » peut également prendre le sens de « *celui qui est compétent pour trancher, celui qui connaît l'affaire* »⁶⁶. Le mot juge fait référence ensuite à un statut déterminé et désigne davantage la personne investie de la fonction de dire le droit à l'occasion des litiges qui lui sont soumis. Il faut distinguer les juges professionnels des juges non professionnels qui sont des citoyens désignés ou élus, selon les cas, qui participent à l'œuvre de Justice, aux côtés des magistrats professionnels. Ainsi, la justice peut être rendue par le juge de façon amiable⁶⁷ ou au moyen d'un procès. La justice rendue lors d'un procès est l'œuvre des juges professionnels et c'est précisément sur cette catégorie de juge auquel fait référence le mot « *juge* » utilisé dans ce thème.

Le « *juge du contrat* » renvoie donc à tout juge professionnel qui intervient lorsque naît un litige relatif aux contrats. Il faut noter que le juge du contrat ne peut être saisi de façon générale que par les parties au contrat. A ce titre, il dispose de certains pouvoirs dont celui de constater les nullités, d'indemniser les parties au contrat, bref de statuer sur tout différend qui peut naître de l'exécution du contrat. Dans ce sens pour revenir sur les fonctions du juge des contrats un auteur estime que la récente réforme française du droit des contrats « *conduit à faire émerger une conception nouvelle du juge*

⁶⁵ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge? », in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 575-586.

⁶⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} édition, novembre 2009, V° Juge.

⁶⁷ Arbitrage, conciliation...

dans le contrat, un juge d'appui du contrat, qui ne le cantonne pas à être tour à tour l'instrument de la justice ou de la sécurité contractuelles, mais lui reconnaît un véritable office au service de la relation contractuelle »⁶⁸. Ceci étant relevé, qui est le juge du contentieux de la clause résolutoire ? S'agit-il du juge des référés ou de l'exécution ou du juge de droit commun. On pourrait en dire que, le contentieux de l'inexécution d'un contrat ayant une clause résolutoire s'adresse à tous les juges : au juge du provisoire et au juge du fond. Tous ces juges sont individuellement amenés à connaître du contentieux de la clause résolutoire qui tend à encadrer leur office et tous sont visés par elle.

21. Le juge des référés est celui qui est amené parfois plus que d'autres à connaître du contentieux relatif à une clause résolutoire. En revanche, il n'est pas compétent pour connaître de la résolution judiciaire du contrat. Etant juge du provisoire, il peut facilement et rapidement départir les parties. Au Cameroun à titre illustratif, en ce qui concerne la résiliation du bail commercial, un tribunal⁶⁹ estime que lorsque le contrat de bail contient une clause résolutoire de plein droit, la juridiction compétente, statuant à brefs délais, constate la résiliation du bail et prononce, le cas échéant, l'expulsion du preneur et de tout occupant de son chef, en cas d'inexécution d'une clause ou d'une condition du bail après mise en demeure. En faisant référence à la juridiction statuant dans de bref délai, cette décision ferait indirectement référence au juge des référés et au juge de l'exécution. En droit camerounais, le juge des référés est normalement compétent pour statuer en matière d'urgence et en l'absence de contestation sérieuse⁷⁰. En réalité, *« en raison de son objet, l'action n'est pas nécessairement portée devant le juge du principal. Le juge des référés est*

⁶⁸ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? » D. 2017, p. 721.

⁶⁹ TPI de Yaoundé Ekounou, Jugement du 27 septembre 2012, Jugement n° 42, BELECK EMMANUEL c/ MENGOMO ROGER BRICE.

⁷⁰ « Le juge des référés est compétent, non seulement pour statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire, mais également pour statuer sur tous les cas d'urgence. Les questions d'urgence et d'opportunité sont des questions de fait qui relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et échappent au contrôle de la Cour suprême ». C.S.C.O arrêt n°73 du 11 mai 1971 Bull n° 24 3147.

traditionnellement compétent pour statuer sur l'application de la clause résolutoire et ordonner l'exécution des restitutions consécutives à la résolution du contrat »⁷¹. L'urgence pour les parties de voir l'issue du litige, de même que la possibilité d'un dommage imminent, le caractère simple et expéditif de la procédure de référé font qu'il soit pratiquement reconnu au juge des référés le pouvoir de statuer en matière de clause résolutoire.

Le caractère original du mécanisme de la clause résolutoire par rapport à celui de la résolution judiciaire se manifeste sur le terrain procédural⁷². Il est communément reconnu que l'action en résolution judiciaire est de la compétence du juge du fond. Inversement, l'action visant à constater l'acquisition d'une clause résolutoire est généralement portée devant le juge des référés. La compétence de ce dernier en matière de clause résolutoire est d'ailleurs majoritairement reconnue par la doctrine⁷³ et par la jurisprudence⁷⁴.

Le juge des référés partage cette compétence avec le juge de l'exécution qui, quelque fois, peut connaître également du contentieux d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire. En France, depuis l'entrée en vigueur de la loi française du 9 juillet 1991, le créancier peut parfaitement saisir le juge de l'exécution afin d'ordonner la mise en œuvre de la résolution et de lui conférer un titre exécutoire.

⁷¹ Cass. com., 20 nov. 1962, n° 60-12.308, *Bull. civ.* III, n° 472 ; Cass. 3^e civ., 18 déc. 1968, n° 67-11.271, *Bull. civ.* III, n° 564 ; Cass. 3^e civ., 15 févr. 1983, n° 81-11.788, *Bull. civ.* III, n° 40.

⁷² C. PAULIN, *La clause résolutoire*, préf. J DEVEZE., LGDJ, 1996, n° 257.

⁷³ Voir notamment MARTY et RAYNAUD. p. 346, n° 335 ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ 1992 p. 444 n°437, J. BORRICAND ; « La clause résolutoire expresse dans les contrats, *RTD.civ* 1957, n°26, p 455.

⁷⁴ Cass. Civ 3^e 15 février 1983, B II, n°40, p. 33 ; Cass. Civ 3^e , 18 décembre 1968 *Bull.civ* III n° 564 p 433 ; Cass. Civ 1^{re} 14 décembre 1965 *Bull.civ* I n° 708 p.542 ; CH. PAULIN, « La disparition du lien contractuel fondée sur l'inexécution-Mise en œuvre de la clause résolutoire, *Lamy droit du contrat*, n° 460-48 ; M. STORCK, « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Dérogations à la résolution judiciaires : les clauses résolutoires », *Juris-Classeur civil*, FASC. 49-2, Paris, Editions- Techniques, 1997, n° 109, p. 19 ; J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} , n° 607, p.647.

Le juge du fond peut également, dans certaines circonstances, connaître du contentieux de la clause résolutoire. Ainsi, pour un auteur africain, la clause résolutoire relève de la compétence du juge du fond car à son sens, « *Le législateur africain a nécessairement voulu soumettre l'anéantissement du contrat de bail à un contrôle du juge du fond (...) Ce faisant, la compétence du juge des référés n'est envisageable que lorsque la clause résolutoire est accompagnée d'une clause attributive de compétence. Faute de quoi, la compétence devrait toujours revenir au juge du fond* »⁷⁵. En principe, il demeure que l'action en résolution judiciaire est de la compétence exclusive des juges du fond, tandis que sur le plan pratique, l'action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire est portée devant le juge des référés. Ce juge se borne à contrôler la régularité de la résolution. Concrètement, il vérifie si l'acquisition de la clause résolutoire est conforme au droit et à la volonté des parties.

22. De nos jours, nul ne peut affirmer que le juge n'est que la « *bouche de la loi* »⁷⁶. Car, toute personne affirmant que le juge ne peut intervenir dans le contrat pour en modifier la teneur d'une manière ou d'une autre sera taxée inévitablement d'avoir omis au moins un siècle de jurisprudence⁷⁷. Les pouvoirs du juge n'ont cessé d'augmenter au point où on se demande si le juge est encore tenu de respecter la loi contractuelle⁷⁸. C'est dire combien le rôle du juge, que ce soit sous l'angle de l'essor de ses pouvoirs ou à l'inverse de son éviction demeure au centre des débats. La pratique démontre que le juge révisé, modifie, retranche et modère le contrat. En somme, « *s'il était un mot pour résumer l'évolution de l'office du juge en matière contractuelle, c'est certainement celui de la souplesse qu'il faudrait retenir, de manière exactement inverse à la rigueur qui caractérisait l'approche classique de son rôle* »⁷⁹. En effet, le

⁷⁵ B. DIALLO, note sous CCJA, n° 0011/2004, du 26 février 2004, *Penant* Avril-juin 2005, p.242.

⁷⁶ MONTESQUIEU, Œuvre complète, De l'esprit des lois, L.XI, chap VI, Paris, 1955, t II, p. 72. ; R. COLSON, *La fonction de juger, étude historique et positive*, Thèse Nantes 2003, n° 487, p.226.

⁷⁷ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf J. MESTRE, PUAM 2006, n° 2.

⁷⁸ J. MESTRE, avant-propos, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p.7.

⁷⁹ M. LAMOUREUX, *op.cit.* n° 3.

phénomène d'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, pour vigoureux qu'il soit, n'en est pas moins soumis à des limites, le juge conservant malgré tout une marge d'intervention. La majorité des clauses aménageant les pouvoirs du juge restent soumises à un contrôle ne serait-ce que résiduel de ce juge. Il en va de même à l'égard de la clause résolutoire, dont on sait l'efficacité, mais dont on sait aussi combien les juges français aiment à contrôler l'usage, un peu comme s'ils acceptaient difficilement d'être dépossédés d'un mécanisme qui leur appartient presque naturellement⁸⁰. Relativement à cette clause, tout en consacrant par principe qu'elle a pour effet d'évincer le juge du mécanisme de la résolution, ce juge conserve souvent un droit de regard et de contrôle lui permettant de sanctionner les injustices manifestes.

Traiter du juge du contrat et la clause résolutoire revient à mettre un accent particulier sur les facettes dans lesquelles le juge pourrait intervenir dans un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire. Par la même occasion, il sera nécessaire de justifier et d'encourager cette intervention du fait que l'automatisme dont est dotée une clause résolutoire pourrait faire craindre la possibilité des abus.

23. Considérant les développements viennent d'être faits, pour éclaircir davantage la compréhension de ce sujet l'on peut principalement s'interroger sur le point de savoir si à partir d'une clause résolutoire les parties peuvent véritablement évincer le juge de la résolution du contrat. De cette question centrale découlent plusieurs autres interrogations à savoir : Quels sont les pouvoirs du juge en face d'une clause résolutoire ? Le juge devrait-il intervenir en présence d'une clause résolutoire qui par sa nature a pour finalité de le contourner ?

24. L'étude des pouvoirs du juge face à une clause résolutoire recèle un double intérêt aussi bien théorique que pratique qu'il convient de présenter. Théoriquement, cette étude permettra de noter que l'intervention du juge dans les contrats, qui était au départ jugée dangereuse, trouve de plus en plus un regain de faveur. Le droit contemporain a subi

⁸⁰ TH. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf., LEVENEUR, LGDJ 2007, n° 7, p. 5.

l'influence d'autres systèmes qui reconnaissent une place plus importante au juge dans le modelage du contenu contractuel. La tendance est de reconnaître de manière croissante un pouvoir au juge de refaire le contrat. L'on constatera également au bout de cette étude que le juge est un agent de liberté et d'équité dans les contrats⁸¹ et précisément dans les clauses résolutoires. En effet, le juge est un garant de la liberté et de l'équité aussi bien vis-à-vis du débiteur qu'il protège contre l'automatisme de la clause résolutoire, que vis-à-vis du créancier qui est assuré de la sanction des manœuvres déloyales du débiteur. Le juge s'assure du respect des engagements contractuels « *non seulement en raison d'exigences morales mais encore pour des raisons d'utilité et de paix publique* »⁸², d'où l'intérêt de sa présence dans les clauses résolutoires. Cette étude a également pour intérêt d'arbitrer le dilemme de la justice contractuelle par le contrat lui-même et celui de la justice contractuelle par l'intervention du juge. En effet, s'il est vrai qu'admettre l'intervention du juge dans le mécanisme de la clause résolutoire sacrifierait le principe de l'autonomie de la volonté, l'exclure serait également une arme fatale contre le contractant défavorisé.

Un autre intérêt, pratique, non moins important, justifie l'étude du juge du contrat face à la clause résolutoire. Il s'agit de la question de compétence juridictionnelle. La détermination de la juridiction compétente permettrait de faire une analyse sur l'identité du juge compétent pour connaître des difficultés qui naissent du jeu d'une clause résolutoire et de l'étendue de sa compétence. Il convient aussi d'insister sur le fait que la présentation des hypothèses dans lesquelles le juge peut intervenir dans les clauses résolutoires vise à réguler en quelque sorte l'automatisme de la clause résolutoire, la préservation du contrat qui a acquis de nos jours une valeur économique et à lutter contre les déloyautés les plus manifestes dans les contrats.

L'intérêt à traiter de ce sujet découle du fait que les pouvoirs des parties ne sont pas les mêmes que l'on soit en présence d'une donnée subjective (clause résolutoire) ou d'un élément objectif du contenu du contrat. Si les parties sont libres de défaire ce qu'elles ont

⁸¹ J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Revue de droit HENRI CAPITANT*, n° 3 ; octobre 2010.

⁸² J. DEVEZE, Préface thèse C.PAULIN, *Clause résolutoire*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1996.

fait, si elles peuvent toujours d'un commun accord revenir sur leur volonté originelle⁸³, rompre le contrat de façon automatique au moyen d'une clause résolutoire, elles ne disposent pas en revanche d'un tel pouvoir à l'égard des données objectives⁸⁴.

25. L'hypothèse est que traiter du juge des contrats et la clause résolutoire revient à analyser deux principales réalités : celle de la réalité de l'influence de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge et de la réaction du juge face à cette attitude des parties. En tout état de cause, le contenu de la présente étude permettra de voir qu'il faut également prendre du recul pour analyser le rôle et les bénéfices de l'intervention du juge dans cette clause. De même, cette thèse peut être disséqué en deux principales parties correspondant à ses deux principales sources que sont d'une part la volonté des parties, dans toute la diversité de ses expressions, manifestations et perception, et, d'autre part, les données extérieures à cette volonté, dont la manifestations est l'intervention du juge dans le but d'assurer la sécurité et la justice contractuelle.

Pour confirmer l'hypothèse ainsi dégagée, il conviendrait d'indiquer la méthode adoptée. Cette méthode se voudra surtout aussi bien comparative que multidisciplinaire, fidèle à la pertinente recommandation de M. GUIDO ALPA. Selon l'éminent comparatiste, « *Celui qui veut aborder, aujourd'hui l'étude du contrat (...) ne peut pas ignorer deux exigences dont il faut absolument tenir compte : la méthode comparative et la méthode pluridisciplinaire* »⁸⁵. Le droit comparé, dans sa perspective intégrative sera convoqué pour tenir compte principalement des solutions de la *Common Law*⁸⁶ relativement aux rapports qui existent entre le juge et la clause résolutoire. Quant à la méthode multidisciplinaire, elle se manifestera entre autres par

⁸³ Arg. article 1134, alinéa 2 du Code civil.

⁸⁴ Particulièrement sur certaines du moins, car nous verrons (*infra* n° 367 et s.) que certaines sources de l'objectivisme étant supplétives, peuvent être écartées par la volonté contraire des parties.

⁸⁵ G. ALPA, « L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique », *RIDC* 1985, p. 8.

⁸⁶ Cette comparaison est d'autant plus importante que les projets d'unification ou d'harmonisation du droit des contrats avaient essayé de réaliser une conciliation des principes de ces deux traditions réciproques. Sur l'influence du droit français : CONSEIL D'ETAT, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001.

des incursions régulières dans la procédure civile et le droit de la consommation.⁸⁷ Et dans plusieurs autres disciplines du droit. Toutes les précisions qui précèdent seront importantes dans la compréhension des développements qui vont suivre et dont il est temps d'annoncer le plan.

26. Le présent travail aura pour objectif de mettre un accent sur la nécessité d'étendre les pouvoirs dont dispose le juge en présence des clauses résolutoires et par la même occasion d'encourager la mise sur pied d'une réglementation autonome relative à ces pouvoirs. Il faut noter que l'immense majorité des éclairages juridiques relatifs à la question est l'œuvre de la jurisprudence⁸⁸ malgré les efforts de réglementation faite par le

⁸⁷ Sur l'analyse économique du droit : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, préface de J. Ghestin ; E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *RIDE*, 1986, t. 1, p. 43 à 88 ; E. MACKAAY, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ, L'analyse économique du droit*, 2 colloques, Aix-en Provence, mai 1986 et Corte, janvier 1986, PUAM, 1987-2, cité par M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* n° 151, p. 115 ; E. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 143 et s.; H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », in Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.) *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 183 et s. Sur l'influence du contexte économique sur le droit : G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Etudes F. Génny*, LGDJ, t. II, p. 347 et s. ; J. HEMARD, « L'économie dirigée et les contrats commerciaux », *Etudes G. Ripert*, LGDJ, 1950, t.II, p. 341 ; G. BERLIOZ et B. BERLIOZ-HOUIN, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », *Etudes offertes à R. Houin*, Dalloz Sirey, 1985, p. 3 et s. ; J. HAUSER, « Les apports du droit économique à la théorie générale de l'acte juridique », *Mélanges J. Derrupé*, 1991, Litec, p. 1 ; LAMETHE, « Mondialisation et uniformisation des pratiques contractuelles », *Mélanges D. Tallon*, Soc. législ. comp. 1999, p. 303 ; N. DECOOPMAN, « Droit du marché et droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Journées H. Capitant 1999, p. 141 et s.; *Contrat et Marché*, RDC 2006, p. 1317 ; E. CLAUDEL, « Droits des contrats et droit de la concurrence », *RTD com.* 1999, p. 291.

⁸⁸ Cass. Civ 2 juillet 1860, *D* 1860, 1, 284 « *il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties* » Cass. 3° civ., 29 mars 2000, n° 98-17.O39, Lamyline ; Cass. 3° civ, 5 février. 1992, n° 90-13.153, *Bull. civ* III, n°38 *RTD.*,

législateur⁸⁹. En raison de la dangerosité qui découle de l'automatisme, et des abus qui naissent entre les parties qui ont stipulé la clause résolutoire, le juge doit pouvoir la neutraliser dans le souci de protéger le contractant défaillant et d'assurer ainsi la stabilité du contrat. Aussi bien dans les contrats en général et particulièrement dans les clauses résolutoires, le juge est un agent d'équité et d'égalité⁹⁰.

27. Pour ainsi répondre aux questions précédemment posées, il est impératif dans un premier temps d'apprécier le fait que par la clause résolutoire, les parties envisagent le contournement du juge (**Première partie**), avant d'étudier dans un deuxième temps le fait que ce contournement reste impossible (**Deuxième partie**).

⁸⁹ Voir notamment la récente réforme du droit des obligations français issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

⁹⁰J. MESTRE, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, journées R. Savatier, Poitiers, 25-26 octobre 1985, PUF, 1986, p.56. B. OPPETIT , « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit français », *Travaux de l'association H.Capitant*, t.XXII,1970, p.185 et svt et spec. p.190et s.

**PREMIERE PARTIE : LE CONTOURNEMENT ENVISAGÉ DU JUGE
PAR LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE**

28. La clause résolutoire est un véritable mécanisme permettant de contourner la mainmise du juge sur la résolution du contrat. Le droit a admis la validité des clauses résolutoires depuis longtemps⁹¹. Elle est une manifestation de la liberté contractuelle des parties. Elle n'est pas « illicite », l'insertion d'une telle clause dans le contrat est conforme à la loi. Le contrat qui en contient une est donc « *légalement formé* ».

29. La première préoccupation que soulève cette étude consiste à déterminer comment est-ce que les parties, par l'insertion d'une clause résolutoire dans leur contrat, peuvent contourner l'intervention du juge ? Précisément, à partir de quel moment est-ce que l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat peut exercer une emprise sur l'office du juge? Une telle interrogation n'est pas sans intérêt. Elle est au centre de plusieurs enjeux. La détermination des différentes étapes dans lesquelles les parties peuvent attacher à leur clause une finalité, notamment celle de contrôler les pouvoirs du juge, convoque un regard particulier sur la pratique contractuelle.

30. Dès lors, si la simple demande de résolution du contrat ne peut lier le juge, la clause résolutoire insérée dès la conception du contrat permet en effet de contourner tout pouvoir de ce dernier (Titre I). Dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, les parties usent pareillement de plusieurs techniques qui ont pour finalité de contourner l'appréciation judiciaire (Titre II).

⁹¹Civ., 2 juillet 1860, *DP* 1860. 1. 284.

**TITRE I : LE CONTOURNEMENT RECHERCHÉ DU JUGE PAR LA
STIPULATION D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE**

31. La résolution judiciaire trouve son origine dans la loi contrairement à la clause résolutoire qui trouve quant à elle son origine dans la volonté des parties. Convention par laquelle les parties conviennent qu'en cas d'inexécution le contrat sera résolu de plein droit sans intervention du juge, la clause résolutoire résulte exclusivement de la conjonction de la volonté des contractants. La récente réforme française du droit des contrats est venue consolider la force de la volonté des parties en octroyant aux parties plusieurs mécanismes de rupture unilatérale du contrat. Les plus symboliques de ces nouvelles prérogatives unilatérales sont sans doute celles consacrant la résolution du fait d'une clause résolutoire et la résolution par notification unilatérale⁹². Alors qu'auparavant, la résolution devait être inévitablement prononcée par un juge, l'article 1226 du Code civil français permet par exemple au créancier, à ses risques et périls, et sous réserve de respecter un certain formalisme, de résoudre le contrat par simple notification⁹³.

32. L'étape de conception de la clause résolutoire est d'un intérêt certain en ce sens qu'elle permet aux parties de déterminer dans l'écriture de cette clause ce qu'elles attendent concrètement. La question à laquelle une réponse sera apportée dans cette partie est celle de savoir quelles sont les attentes des parties qui insèrent une clause résolutoire à la conception de leur contrat ? En réalité, pendant la rédaction de la clause résolutoire en amont, les parties sont libres d'attacher à leur convention les effets qu'elles souhaitent. Ceci participe de ce que l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat peut assurer efficacement la réduction des pouvoirs du juge (Chapitre I). Dans le même sens et pour aller plus loin, l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat peut avoir aussi pour conséquence d'évincer plus radicalement le juge (Chapitre II).

⁹² F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI e siècle ? », *D* 2017, p.721.

⁹³ La jurisprudence avait déjà considéré 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 » (Civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, *D.* 1999. 197, note C. JAMIN, et 115, obs. P. DELEBECQUE; *RDSS* 2000. 378, obs. G. MÉMETEAU et M. HARICHAUX ; *RTD civ.* 1999. 394, obs. J. MESTRE, et 506, obs. J. RAYNARD).

**CHAPITRE I : LA RECHERCHE DE LA RÉDUCTION DES POUVOIRS
DU JUGE PAR L'INSERTION D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE DANS
LE CONTRAT**

33. La clause résolutoire, exception à la prohibition de la justice privée, trouve sa source dans la volonté des parties. Elle est un mode conventionnel de résolution pour inexécution qui établit une relation de cause à effet entre l'inexécution et la résolution. Elle est une institution d'une indéniable utilité dont la pratique est extrêmement vivante. Plusieurs procédés sont envisageables pour aménager les pouvoirs du juge en présence d'une clause résolutoire. Dans le cadre de ce chapitre, l'on mettra l'accent sur le fait qu'en dehors de toutes méthodes d'encadrement particulier, la nature même de la clause résolutoire par rapport aux autres mécanismes réduit en principe toute intervention judiciaire. Une réponse sera également donnée à la question de savoir comment on pourrait aménager d'avance l'intervention du juge dès la formation de la clause résolutoire.

34. En outre, la clause résolutoire ne doit pas être confondue avec certaines notions qui lui sont voisines, car elle est spécifique. Elle est bien en apparence identique sur plusieurs points à la clause pénale, elle est également différente sur plusieurs aspects des autres mécanismes de ruptures unilatérales du contrat. Comme ces propos le laissent pressentir, un penchant sera d'abord fait vers certaines clauses unilatérales ayant pour finalité comme la clause résolutoire de réduire les pouvoirs du juge. Ceci dans le souci de mieux systématiser l'influence de ces mécanismes sur les pouvoirs du juge (Section I), avant d'analyser la spécificité de l'emprise de la clause résolutoire sur l'office de ce juge (Section II).

SECTION I- Les mécanismes de rupture unilatérale entraînant la réduction des pouvoirs du juge

La clause résolutoire n'est pas la seule clause qui a pour finalité la recherche de la réduction des pouvoirs du juge. Plusieurs autres clauses assurent également cette fonction. Pour mieux saisir la particularité de l'influence de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge, il convient aussi d'analyser les autres clauses voisines ayant cette même fonction. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, un arrêt particulier sera

fait sur la clause pénale (PII). L'on analysera également comment d'autres mécanismes voisins à la clause résolutoire peuvent chercher aussi à réduire les pouvoirs du juge (PII).

PI- La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par la clause pénale

35. Le rapprochement entre la clause résolutoire et la clause pénale peut paraître en réalité artificiel. Sans doute ont-elles, l'une et l'autre, un caractère comminatoire : leur insertion dans un contrat a pour objet de créer une menace, incitant le débiteur à exécuter. L'analogie existant entre la clause résolutoire et la clause pénale mérite d'autant plus d'être soulignée considérant le fait que, toutes deux tendent à soustraire au juge les conséquences de l'inexécution, ce qui est de sa compétence normale. Il est vrai que dans ces deux mécanismes, « *il s'agit avant tout d'échapper aux embuches et aux aléas d'une procédure judiciaire* »⁹⁴, mais explorer ce rapprochement sous l'angle des pouvoirs du juge est assez riche en enseignements. En effet, pendant que la modération judiciaire est admise dans la clause pénale (A), elle peine encore à être admise en présence d'une clause résolutoire. Il devient ainsi impératif de saisir le domaine dans lequel cette modération judiciaire peut intervenir dans la clause pénale pour mieux la distinguer de la clause résolutoire (B).

A- L'admission réservée de la modération judiciaire dans la clause pénale

36. Les clauses pénales sont des évaluations conventionnelles et forfaitaires des dommages-intérêts contractuels, destinées à éviter, entre les parties, les difficultés d'évaluation qui seraient susceptibles de surgir, dès l'instant où elles sont rédigées en toute objectivité⁹⁵. Pour le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, il faut entendre par clause pénale toute « *Clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans*

⁹⁴ B. TEYSSIE, « Les clauses de résiliation et de résolution », *Cahier du droit de l'entreprise*, 1975, n° 1, p. 13.

⁹⁵ F. PASQUALINI, « La révision des clauses pénales », *Défrénois*, 30 juin 1995, n° 12, p. 769.

l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire ... »⁹⁶. La clause pénale est devenue le bastion de l'intervention du juge en matière contractuelle. Il demeure cependant que, quel qu'en soit la réalité actuelle, en présence d'une clause pénale, le principe est celui de la primauté de la volonté des contractants et l'exception étant l'intervention du juge.

37. Le contrat peut donner à l'un des contractants, soit aux deux la faculté de se délier, de se désengager⁹⁷. Une telle faculté ne constitue pas une négation à la force obligatoire des contrats. Evaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus par le débiteur, la clause pénale est différente de la clause résolutoire qui désigne plutôt un mécanisme conventionnel qui prive la résolution de son caractère judiciaire, la rendant plus ou moins automatique. La clause résolutoire prévoit qu'en cas de manquement contractuel la résolution interviendra de plein droit⁹⁸. Au Cameroun, l'article 1226 du Code civil définit la clause pénale comme « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Ce qui peut d'emblée frapper dans cette définition c'est son imprécision car elle ne permet pas de cerner concrètement la nature de cette clause. La lecture de l'article 1229 ne donne pas d'avantage de précision sur la nature de cette clause. Ce qui est à déplorer dans ce Code c'est l'absence de précision sur les pouvoirs dont dispose le juge. En France, la première réforme qui était urgente en matière de clause pénale a été réalisée par la loi du 9 juillet 1975⁹⁹. C'est précisément au travers de l'article 1152 al 2 du Code

⁹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF 2014, v° Clause comminatoire.

⁹⁷ L. BOYER, « La clause de dédit », *Mélanges P. RAYNAUD*, Dalloz 1985, p.41 et s.

⁹⁸ Civ., 2 juillet 1860, *D* 1860. 1. 284.

⁹⁹ B. BOCCARA, « la réforme de la clause pénale : conditions et limite de l'intervention judiciaire », *JCP. G* 1975, I, 2742 ; Ph. MALAURIE, « la révision judiciaire de la clause pénale », *Défrénois* 1976, p.533 ; F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, chron 229 ; S. SANZ, « la consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale », *RTD.civ.*1977, p. 268 et svt. ; G. PAISANT, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1252 et 1231 du code civil relative à la clause pénale », *RTD.civ.* 1985, p. 647 et svt ; F. PASQUALINI, « la révision de la clause pénale », *Défrénois* 1995, p.769.

civil modifié par la précédente loi qui dispose relativement à la clause pénale que « Néanmoins, le juge peut, même d'office modifier ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». On peut avoir l'impression, contrairement à la clause résolutoire, que du fait de cet article, l'intervention du juge a été reconnue dans la clause pénale. En effet, l'on note avec M. Denis MAZEAUD que « Les réformes successives de la clause pénale ont entamé l'autonomie de la volonté dans le domaine de la sanction en ménageant une sphère d'intervention au juge. Mais l'attribution d'un tel pouvoir au juge n'a jamais signifié la disparition pure et simple du rôle de la volonté des parties dans ce domaine »¹⁰⁰. Comme en présence d'une clause résolutoire, le contrat contenant une clause pénale a pour socle la volonté des parties. La clause pénale permet simplement au juge de rectifier les excès, d'équilibrer les relations contractuelles et non de remplacer la volonté des parties. Le législateur de 1975 avait en fait pour véritable objectif de protéger la volonté des parties et de protéger cette volonté lorsqu'elle engendrait des excès. L'exercice du pouvoir modérateur du juge dans la clause pénale doit être fait de manière exceptionnelle. C'est ce qui explique sans doute le contrôle exercé par la Cour de cassation sur ce pouvoir modérateur du juge dans la clause pénale. Le contrôle de cette Cour porte sur le caractère exceptionnel du pouvoir de révision du juge. La Cour de cassation précise aux juges du fond que « quand ils modifient un contrat en modérant ou en augmentant la peine qui est stipulée, les juges du fond doivent préciser en quoi le montant de celle-ci est manifestement excessif ou dérisoire... »¹⁰¹. Il est donc clair que pendant que le juge décide d'exercer son pouvoir de révision en présence d'une clause pénale, il doit impérativement motiver sa décision en précisant en quoi le montant de la clause pénale est manifestement excessif¹⁰². Par contre, lorsque le juge choisit de ne pas réviser le montant de la peine, il n'a pas à motiver sa

¹⁰⁰ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ 1992, n° 70, p. 50.

¹⁰¹ Cass. Civ. 3^e, 26 avril 1978 : *JCP.G* 1978.IV.193. ; Cass. Civ. 3^e 27 juin 1979, *Gaz. Pal* 1979. I. pan. 488 ; Cass. Civ. 3^e, 14 janvier 1987 : 1987 *JCP.G*, IV.92.

¹⁰² M. VASSEUR, note sous Cass. Com. 7 novembre 1978, *D.* 1980 inf. rap. 12.

décision. Il demeure donc que la réforme française de 1975 ne prive pas la clause pénale de sa force obligatoire. Car étant chargé de combattre les excès, le juge peut mener sa mission en s'affranchissant de la volonté des parties¹⁰³.

38. Par la suite, en France, l'on a vu apparaître une nouvelle loi du 11 Octobre 1985 qui est à l'origine de l'ancien article 1231 du Code civil. Cet article 1231 du code civil dispose en effet que « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». La portée d'une telle réforme est loin d'être négligeable en ce sens qu'elle soulève la question de savoir si le juge peut relever d'office le moyen tiré du caractère manifestement excessif de la clause pénale. Cette réforme met en jeu l'autonomie de la volonté des parties. Enfin la récente réforme française du droit des obligations consacre expressément la modération judiciaire dans la clause pénale dans l'article 1231-5 en ces termes : « *lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ». On constate que par cette réforme, et contrairement à ce qu'on peut observer en présence d'une clause résolutoire, la volonté des parties en sort affaiblie et cela ne saurait conclure à la disparition pure et simple de cette volonté.

B- Le domaine de la modération judiciaire dans la clause pénale

39. Parler du domaine de modération judiciaire en présence d'une clause pénale revient à répondre à la question de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs dont dispose le juge en présence d'une clause pénale ? Pour aller plus loin, l'on devra comparer ce domaine à celui dont le juge dispose en présence d'une clause résolutoire.

¹⁰³ D. MAZEAUD, *op.cit.*, n° 80, p. 54.

Les prérogatives que la loi accorde au juge dans la clause pénale sont énormes et étendues, mais elles ne sont pas infinies. À voir de près la loi française du 9 juillet 1975, elle ne s'applique qu'aux situations dans lesquelles le paiement de la pénalité est le résultat de l'inexécution d'une obligation souscrite dans le contrat¹⁰⁴. L'intérêt de déterminer le domaine de la clause pénale réside dans le fait que « *la tendance réglementaire qui est inhérente à l'institution se manifeste lorsqu'on détermine les personnes auxquelles la convention s'applique* »¹⁰⁵. La clause pénale s'applique par exemple dans les pénalités édictées dans les conventions collectives à condition que l'accord de volontés soit explicite entre les parties. Ce critère qui est la source de la pénalité, à savoir la volonté, permet de faire un rapprochement entre la clause pénale et la clause résolutoire.

En réalité, la première précision qu'il convient de faire concernant le domaine du pouvoir modérateur du juge en présence d'une clause pénale, c'est que le juge ne peut exercer son pouvoir de révision qu'à condition que la clause litigieuse soit qualifiée de clause pénale¹⁰⁶. De même, ce pouvoir est subordonné à l'inexécution de la convention par le débiteur. Cette parenté révélée relativement à la condition de l'inexécution ne doit pas faire illusion ; elle n'autorise pas une assimilation entre la clause résolutoire et la clause pénale. L'on ne peut concrètement envisager la révision judiciaire qu'en présence d'une clause pénale. Cette opinion n'est pas partagée par certains auteurs comme M. Jacques MESTRE qui pense que, se basant sur la loi de 1975, le domaine du pouvoir de révision du juge, en plus de s'appliquer aux clauses pénales, s'applique également aux clauses d'indemnisation forfaitaire¹⁰⁷. En réalité l'existence du pouvoir de révision du juge n'est pas uniquement subordonnée à l'existence d'une

¹⁰⁴ F. PASQUALINI, « La révision des clauses pénales », *Défrénois*, 30 juin 1995, n° 10.

¹⁰⁵ LYON-CAEN et PELISSIER, *Droit du travail*, précis Dalloz, 14^e éd., n° 817.

¹⁰⁶ Voir en ce sens J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF 2000, n°79.

¹⁰⁷ J. MESTRE, « De la notion de clause pénale et ses limites », *RTD.civ* 1985, pp 272 et svt.

clause pénale. Le juge peut également exercer ce pouvoir de révision dans toutes les autres clauses où le législateur lui permet.

40. Pour conclure sur le domaine du pouvoir de révision du juge de la clause pénale, il faut dire qu'une clause qui fixe la réparation du préjudice causé par l'inexécution du contrat, même si elle ne contient pas une véritable peine sanctionnant une inexécution illicite du contrat, peut être modéré par le juge.

P II – La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par les autres mécanismes voisins à la clause résolutoire

41. La présence d'un mécanisme de rupture unilatérale dans le contrat a pour finalité d'évincer le juge du mécanisme unilatéral de résolution du contrat. La clause résolutoire exerce une réelle emprise sur les pouvoirs du juge. Par cette clause, les parties anticipent la résolution du contrat en stipulant le fait que cette résolution interviendra de plein droit et en dehors du juge. Il est de principe qu'en vertu de la liberté des conventions, les parties peuvent valablement prévoir par un mécanisme particulier que le contrat sera résolu avec une caractéristique précise. Tous les mécanismes de résolution extrajudiciaire du contrat ont en commun le souci de pouvoir réduire, en contournant toute intervention du juge dans le contrat. Pour mieux cerner et faire un départ entre l'influence de la clause résolutoire et les mécanismes qui se rapprochent d'elles, il convient d'analyser la particularité à titre illustratif de l'influence de la clause de nullité conventionnelle sur les pouvoirs du juge (A). Cette clause n'est pas la seule qui suscite un intérêt quand il s'agit d'anticiper l'intervention judiciaire dans le contrat. Les modalités de l'obligation peuvent également par leurs fonctions amenuiser considérablement l'intervention du juge dans la résolution du contrat (B).

A-La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par la clause de nullité conventionnelle

42. La nullité est la sanction de l'invalidité d'un acte juridique ou d'une procédure. La cause de la nullité réside soit dans l'absence de l'utilisation d'une forme précise qui est légalement imposée, soit de l'absence d'un élément indispensable à son efficacité. Le

juge ne peut en effet prononcer la nullité d'une convention ou d'une procédure que si cette sanction a été expressément prévue par la loi. Le prononcé de la nullité du contrat ressort en principe du pouvoir du juge. Mais l'on observe que le juge est secondé par les parties qui peuvent de manière conventionnelle constater la nullité de leur contrat. La validité des clauses de nullité conventionnelle ne fait pas de doute (1), bien que la portée de cette nullité sur les pouvoirs du juge soit véritablement relative par rapport à ce qu'exercerait une clause résolutoire (2).

1-La validité de la clause de nullité conventionnelle

43. Les parties peuvent prévoir dans le contrat une clause de nullité à travers laquelle elles sont mutuellement d'accord pour mettre fin au contrat suite à la découverte d'une cause d'invalidité préexistante. L'appréciation des juges est alors anéantie en faveur de la volonté des parties. Le nouvel article 1178 du Code civil français consacre la validité de la nullité conventionnelle au côté de la nullité judiciaire en ces termes : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constate d'un commun accord* ». Deux modes de nullité sont ainsi consacrés : la nullité judiciaire et la nullité conventionnelle, laquelle consiste à permettre aux parties de constater la nullité consensuelle du contrat. Cette faculté permet ainsi d'éviter dans les cas les plus simples la saisine d'un juge. La nullité conventionnelle est donc désormais admise : elle supposera cependant que les parties se mettent d'accord sur les restitutions réciproques. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Cet anéantissement rétroactif du contrat implique la restitution des prestations déjà exécutées. Le « commun accord » des parties est indispensable pour qu'on puisse parler de nullité conventionnelle. C'est uniquement si les parties s'accordent sur la nullité de leur acte que cette dernière pourra être extrajudiciaire¹⁰⁸.

¹⁰⁸ A.-S. LEBRET, « Les nullités revisitées », *Actualité juridique contrat*, p.12.

44. L'on doit se garder de confondre la nullité conventionnelle et la résolution acquise du fait de la mise en œuvre d'une clause résolutoire. En effet, dans résolution du contrat issue de l'acquisition d'une clause résolutoire, le contrat était valablement formé dès le départ, mais l'inexécution par l'une des parties de ses obligations entraîne l'acquisition de la résolution du fait de la clause résolutoire. Alors que, par la nullité conventionnelle, les parties constatent l'absence d'une condition de formation de leur contrat et tirent les conséquences par une nullité voulue par elles. Par la nullité conventionnelle les parties tirent les conséquences d'une imperfection préexistante. La validité et l'efficacité de la nullité conventionnelle ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. En réalité pour certains auteurs, « *La « nullité amiable » ne serait une nullité véritable que si celle-ci existait déjà, en fait, comme dans le cas de l'inexistence : la convention de nullité amiable tirerait les conséquences d'un état préexistant, elle la constaterait comme le prévoit l'article 1178* »¹⁰⁹. Le souci réside dans le fait que la clause de nullité conventionnelle peut en réalité être une nouvelle convention, ayant pour objet de détruire les effets d'un premier contrat parfaitement valable¹¹⁰. D'autres auteurs¹¹¹ assimilent la nullité conventionnelle à une abrogation en ce sens que les parties s'accordent pour revenir sur un contrat valablement conclu, alors que la nullité efface en principe rétroactivement le contrat, l'abrogation ne vaut que pour l'avenir¹¹². Il demeure que la validité des clauses nullité conventionnelle est acquise, reste à s'interroger sur la particularité de l'office du juge dans la nullité conventionnelle par rapport à la clause résolutoire.

¹⁰⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et, Ph. STOFFEEL-MUNCK, *Droit des obligations*, (à Jour au premier Aout 2016), n°297.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11ème édition, Dalloz 2013, n° 398.

¹¹² Cass.com 10 janvier 1989, *Bull. civ IV*, n°15, p.8.

2-L'impact réservé des clauses de nullité conventionnelle sur les pouvoirs du juge

45. Le juge saisi d'une demande de nullité doit prononcer s'il constate que les conditions de la nullité sont réunies. En principe toute nullité est de droit, le juge saisi dispose en réalité d'un pouvoir discrétionnaire pour la prononcer, et ceci alors même que les conditions de la nullité sont réunies. Contrairement à ceci, par la nullité conventionnelle, les parties constatent en dehors de toute intervention judiciaire la nullité de leur contrat. Le mécanisme des nullités automatiques, tout comme celui des nullités unilatérales contrairement à la clause résolutoire n'a pas pour effet d'évincer le juge puisque ce dernier reste la seule autorité compétente pour la prononcer. Cependant, la clause de nullité conventionnelle reste valable quelle que soit la cause de nullité affectant le contrat. Peu importe que la cause de nullité soit relative ou absolue, qu'elle vise l'ordre public de protection ou de direction, puisqu'une telle clause a pour finalité de dénoncer une violation de la loi. La clause de nullité conventionnelle peut juste avoir comme la clause résolutoire pour conséquence d'éviter la saisine du juge.

La clause de nullité conventionnelle dont la fonction est de contourner les lenteurs judiciaires et les coûts de la justice tout comme la clause résolutoire, se voit accorder une efficacité tout aussi relative dans les hypothèses d'invalidité du contrat. En effet, le juge dispose du pouvoir de prononcer la nullité du contrat dont il peut soulever d'office la nullité même relative. En l'absence de clauses particulières, il peut également en fixer l'étendue et favoriser une nullité partielle du contrat après avoir relevé le caractère non déterminant de la stipulation concernée. Contrairement à la clause résolutoire, la clause de nullité conventionnelle n'exclut donc aucunement l'intervention du juge qui est directement impliquée par le choix d'une telle sanction¹¹³. Le doute peut se poser lorsque l'une des parties au contrat conteste la nullité consensuelle. La saisine

¹¹³ N. GRAS, Essai sur les clauses contractuelles, Thèse Université D'Auvergne-Clermont Ferrand 1, 2014, n° 310, p.293.

du juge enlèvera ainsi toute finalité de simplicité que recherchaient les parties par l'insertion d'une clause de nullité conventionnelle dans leur contrat.

B- La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par les modalités de l'obligation contractuelle

46. La modalité est une « *technique de précision* », une particularité qui, affectant une obligation dans l'un de ses éléments, modifie les effets normaux de celle-ci¹¹⁴. Au lieu d'être pure et simple, c'est-à-dire existante, effective et exigible dès la conclusion du contrat créé pour l'engendrer, l'obligation peut, pour des raisons d'opportunité, être affectée d'une modalité qui exercera une influence sur sa vitalité. Ces modalités peuvent affecter soit l'effectivité d'une obligation, il s'agira alors d'une condition suspensive, soit son exigibilité, on parlera alors de terme suspensif¹¹⁵. Dans cette partie, nous nous attarderons sur deux modalités particulières de l'obligation dont l'effet est de soustraire la disparition d'une obligation de la seule volonté du juge. Pour ce faire, nous analyserons comment la condition résolutoire impacte l'office du juge (1) avant d'analyser de même comment le terme extinctif peut influencer l'office normal du juge (2).

1-L'impact de la condition résolutoire sur les pouvoirs du juge

47. La condition résolutoire est un événement futur et incertain dont dépend la naissance¹¹⁶ ou la résolution¹¹⁷ un droit. Elle est une clause énonçant un événement futur et incertain dont l'arrivée entraîne l'extinction du contrat dont la survie était justement liée au fait que l'évènement en question n'arrive pas¹¹⁸. Précisément, pour parler des effets de la condition résolutoire, elle fait disparaître l'obligation contractuelle. Il faut

¹¹⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., PUF, 2016, v° « Modalité ».

¹¹⁵ D. MAZEAUD, « Modalités de l'obligation : terme et condition, prière de ne pas confondre ! », *Revue des contrats*, avril 2012, n° 2, page 451.

¹¹⁶ Condition suspensive

¹¹⁷ Condition résolutoire

¹¹⁸ P. PRATTE, « condition résolutoire et clause résolutoire : deux choses à distinguer », *Revue du Barreau*, Tome 10, 2011, p.327.

noter que jusqu'à la survenance de la condition résolutoire, les obligations s'exécutent sans particularité, comme si elles étaient pures et simples. Lorsque survient l'événement, le contrat se trouve anéanti, en principe rétroactivement. L'intérêt de la condition est d'abord de permettre aux parties de s'engager dans le contrat, alors qu'elles ne sont pas certaines que celui-ci leur permettra de satisfaire les raisons pour lesquelles il a été conclu. Dans ce sens une personne désireuse de contracter pour un motif déterminé érigera en condition suspensive ou résolutoire les événements susceptibles de concrétiser ou de contrarier ce motif. La condition résolutoire présente un autre intérêt en ce qu'elle offre aux parties, ou à l'une d'elles, un moyen de sauvegarde. Elle permet une rupture des relations contractuelles lorsque survient un événement rendant leur poursuite inopportune ou menaçant l'exécution à venir de la convention. Ainsi, contrairement à la clause résolutoire, la condition résolutoire ne permet pas d'interdire un comportement précis de l'un des contractants, mais d'autoriser la rupture du contrat en raison des circonstances telles que sa poursuite porterait atteinte aux intérêts des contractants¹¹⁹. La condition résolutoire permet principalement de pallier les incertitudes que soulève l'appréciation par le juge des causes de la disparition du contrat. En ceci, la condition résolutoire se rapproche nettement de la clause résolutoire.

La survenance de la condition provoque, en toute hypothèse, l'anéantissement de la convention. Aucune manifestation de volonté n'est requise elle intervient seule, le juge n'intervenant en principe pas. L'anéantissement de la convention est acquise d'elle-même. La condition résolutoire met le juge à l'écart de la disparition du contrat. Malgré la différence qui existe entre les deux notions, la clause résolutoire et la condition résolutoire sont régulièrement utilisées comme s'il s'agissait de notions équivalentes. En présence d'une condition résolutoire, la résolution est automatique sans devoir être prononcée judiciairement une fois la condition accomplie. Le juge n'a en principe aucun pouvoir d'appréciation de l'opportunité du jeu de la condition résolutoire, la résolution n'étant pas précédée d'une mise en demeure. Bref contrairement à la clause résolutoire,

¹¹⁹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, n° 127, p. 127.

la résolution du contrat du fait d'une condition résolutoire est absolue le juge n'ayant pas à intervenir. Il ressort que l'office du juge dans la condition résolutoire est inexistant contrairement à la résolution du fait d'une clause résolutoire que le juge peut remettre en cause. Ceci étant relevé, reste à présent à analyser l'impact du terme extinctif sur les pouvoirs du juge.

2-L'impact du terme extinctif sur les pouvoirs du juge

48. Au regard du nouvel article 1305 du Code civil français, « *L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine* ». Le terme extinctif est l'événement futur et certain dont dépend l'extinction de l'obligation. Lorsque l'obligation ainsi affectée d'un terme constitue l'une des obligations essentielles du contrat, la survenance du terme provoque la cessation de l'exécution de la convention. Le terme est, par nature, un événement dont la survenance est certaine. En revanche, le moment de sa réalisation peut, indifféremment, être connu ou non. On qualifie de terme certain celui dont le moment d'échéance est déterminé. Il s'agit par exemple d'une date. Le terme peut être extinctif ou suspensif. En présence d'un terme extinctif, l'obligation existe mais elle n'est pas encore exigible. Il en résulte que tant que l'événement ne s'est pas réalisé le débiteur doit l'exécuter. Lorsque, en revanche, l'échéance fixée interviendra, l'obligation disparaîtra. Le terme extinctif est dit potestatif lorsqu'il consiste en un événement dont la réalisation dépend de la seule volonté d'une partie au contrat. Le terme résulte habituellement de la convention conclue qui déterminent librement le moment où l'obligation qui rendra l'obligation exigible. Dans ces conditions, la seule survenance de l'évènement entraîne la disparition du contrat du fait de la seule volonté des parties, le juge n'intervenant pas.

À la différence de l'obligation conditionnelle, l'obligation à terme est subordonnée à la survenance d'un événement certes futur, mais également certain. Autrement dit, l'exigibilité de l'obligation dite à « terme » est suspendue jusqu'à

la survenance d'un événement qui aura été convenu en amont par les parties, événement dont on est objectivement sûr qu'il se produira quand bien même sa date serait incertaine. La survenance de l'événement auquel est subordonnée l'obligation à terme est indubitable.

49. Ce qu'il convient de retenir relativement à l'influence du terme extinctif insérée de façon conventionnelle dans le contrat la survenance de l'évènement auquel est subordonné le terme entraîne la disparition du contrat sans que le juge puisse intervenir. Pour dire que le juge, en raison de ce que l'engagement des parties pour une durée déterminée s'inscrit dans la force obligatoire du contrat, est tenu de s'incliner devant le terme extinctif convenu¹²⁰. En somme, L'effet essentiel du terme extinctif est de mettre fin au contrat. Il opère de plein droit, toute intervention du juge est inopportune puisque la faculté de résiliation unilatérale gouverne la matière. C'est-à-dire que le terme met fin automatiquement au contrat pour l'avenir, il n'a point d'effet rétroactif. Toutefois, contrairement à ces mécanismes présentés ci-dessus, la stipulation d'une clause résolutoire exerce une emprise spécifique sur l'office du juge.

SECTION II- La spécificité de l'emprise de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge

50. Pour mieux saisir et cerner l'étendue de l'emprise de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge, il convient de mettre un accent particulier sur la spécificité de cette emprise. En effet, selon que l'on se trouve en présence d'une clause résolutoire ou des autres clauses, les pouvoirs du juge diffèrent. Pour des raisons d'efficacité, cette partie mettra l'accent sur les manifestations de l'influence de la clause résolutoire prise de façon générale sur les pouvoirs du juge dans un premier temps (PI). Dans un deuxième temps, il conviendra de relever qu'un des traits particuliers de la clause

¹²⁰ L. LAWSON-BODY, « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *Les Petites Affiches*, août 2002, n° 169, p. 3.

résolutoire à savoir sa force obligatoire accentue spécifiquement l'influence de ce mécanisme sur les pouvoirs du juge (PII).

P I- La réalité de l'emprise de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge

51. Les règles relatives à la conclusion de la clause résolutoire laissent une large place au pouvoir des volontés individuelles. Le nouvel article 1102 du Code civil, issu de la récente réforme française du droit des contrats, dispose dans ce sens que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant, de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». La force de la volonté des contractants irrigue toute l'idéologie qui se cache derrière l'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat. Cette force de la volonté a pour conséquence d'exercer une réelle influence sur les pouvoirs du juge. En réalité, l'influence de la clause résolutoire sur l'office du juge a connu beaucoup de changements qu'il convient d'analyser (A), avant d'étudier la principale influence que peut avoir une clause résolutoire à savoir le contournement de l'office du juge (B).

A- Les mutations de l'influence de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge

52. Dans la résolution judiciaire, le juge saisi en raison d'une inexécution du contrat a plein pouvoir. Il peut en effet réduire une peine prévue par le contrat lorsqu'elle est excessive ; il apprécie souverainement l'opportunité de l'inexécution. Cette réalité n'est pas applicable dans la résolution conventionnelle du contrat, précisément en présence d'un contrat contenant une clause résolutoire. Le juge saisi pour prononcer l'acquisition de la clause résolutoire n'a en principe pas de pouvoir modérateur, il ne fait que constater cette acquisition. Pour mieux marquer un départ entre les pouvoirs du juge dans la clause résolutoire et la clause pénale, il est fort instructif de présenter le fait qu'au départ de la conception de la clause résolutoire, contrairement à la clause pénale,

le juge n'avait pas de pouvoir d'appréciation, mais la pratique contractuelle a fait naître de nos jours une nette évolution relativement à cette question

Moyen de défiance à l'égard du juge, la clause résolutoire est traditionnellement présentée comme une technique pour écarter l'autorité judiciaire dans l'appréciation des conséquences de l'inexécution. Véritable peine privée contractuelle, la clause résolutoire ne trouve de raison d'être que parce qu'elle évince le juge de son mécanisme. Quel que soit le juge saisi, son rôle est seulement de vérifier si les conditions du jeu de la clause résolutoire sont réunies et le cas échéant de contraindre le débiteur à exécuter les obligations résultant de la résolution du contrat¹²¹. Inversement à la clause pénale où le juge peut réduire une indemnité qu'il juge excessive, ce juge ne dispose pas de pouvoir d'apprécier l'opportunité de résolution. Il ne saurait, sans violer l'article 1134 du code civil, remettre en question la résolution acquise. Dans le même sens, la Cour de cassation rappelle systématiquement aux juges du fond qu'ils ne peuvent refuser de constater la résolution intervenue conformément à la clause résolutoire au motif que l'inexécution n'est pas suffisamment grave¹²². Il faut noter que la clause résolutoire ne supprime pas complètement le recours au juge, mais celui-ci n'a plus le même rôle que dans la clause pénale. Il contrôle le jeu de la clause de résolution, et ne dispose d'aucun pouvoir pour prononcer ou non la résolution.

53. Lorsque saisi par les parties pour une inexécution des obligations, le juge ne peut que constater l'acquisition de la clause résolutoire. En effet, ce même juge ne saurait constater la résolution du contrat et imputer celle-ci à l'une des parties à la clause en la condamnant aux dommages-intérêts. Une telle décision ne créerait que du paradoxe. Dans ce genre d'hypothèse, le juge n'a le choix qu'entre deux solutions. Soit il rejette la demande de résolution judiciaire et constate la résolution du contrat¹²³, soit il reçoit celle-ci et prononce la résolution du contrat au tort du bénéficiaire de la clause,

¹²¹Cass. 3^e civ, 4 mai 2000, n° 98.19.099.

¹²²Cass. 3^e civ, 29 mars 2000.n° 98-17-039.

¹²³Cass. Civ. 3. 26 avril 1986, *Revue des loyers* 1985, p.41.

voire aux torts partagés¹²⁴. Par contre, l'on peut pousser plus loin la réflexion en se demandant si, par exemple, le juge des référés saisi par les parties peut constater la résolution au tort de l'une des parties ? Cela n'implique-t-il pas que le juge constate une faute contractuelle qui est une question de fond qui ne ressort pas de sa compétence ? Le juge des référés ne statue pas normalement sur les questions de fond, s'il les rencontre d'office, il doit surseoir à statuer et renvoyer les parties à se voir devant le juge du principal.

54. Pour conclure sur cette partie, il convient de dire que conçue par les parties, le juge ne devait pas intervenir de quelque manière que ce soit dans la clause résolutoire. À l'opposé, en présence d'une clause pénale, les parties savent pertinemment que l'incursion du juge qui est d'ailleurs reconnue par le législateur, peut intervenir toutes les fois qu'il y a par exemple dérapage dans la fixation des dommages- intérêts.

Selon certains auteurs, comme dans la clause pénale, il serait nécessaire de conférer au juge le pouvoir d'évaluer si la résolution du contrat doit ou non avoir lieu en présence d'une clause résolutoire¹²⁵. L'intervention du juge peut se justifier dans la clause pénale en raison de la lourdeur des dommages-intérêts auxquels s'expose le contractant défaillant, et ceci ne devrait pas être généralisé à la clause résolutoire qui est un véritable moyen d'incitation des parties au respect des engagements contractuels. L'intervention systématique du juge dans la clause résolutoire ne saurait être supportée¹²⁶. La clause résolutoire assure une véritable discipline contractuelle. En somme la véritable spécificité entre la clause résolutoire et la clause pénale réside dans le fait que la clause pénale constitue une exception au principe de la réparation intégrale alors que la clause résolutoire joue seulement pour le principe de la résolution.

¹²⁴ CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, n° 280, p. 279.

¹²⁵ F. OSMAN, « le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Défrénois* 1993, p. 80.

¹²⁶ CH. PAULIN, *op.cit.*, n°281, p. 280.

55. La réforme française issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, et du régime général de la preuve des obligations, tranche spécialement sur l'admission du pouvoir modérateur du juge dans la clause résolutoire. Mais il demeure que les auteurs de l'ordonnance en multipliant les standards dans la nouvelle ordonnance ouvrent de larges possibilités au juge de faire usage de son pouvoir d'appréciation dans le contrat. Le juge a progressivement pris beaucoup d'importance en matière contractuelle¹²⁷ sans aller jusqu'à soutenir qu'il est devenu partie au contrat. L'on peut même se demander comme le pense M. MEKKI si « *Avec l'ordonnance qui semble renforcer les pouvoirs du juge, s'oriente-t-on vers un juge tout-puissant ?* »¹²⁸. Les parties doivent cependant prendre avec un recul et modération la pléthore de moyens unilatéraux de rupture du contrat mis à leur disposition par la nouvelle réforme, car au final, il peut s'agir de « *cadeau empoisonné adressé aux parties. Si ces dernières disposent de prérogatives plus importantes, elles sont incitées à les exercer avec modération. À défaut, le juge aura le dernier mot, notamment grâce au très grand nombre de standards juridiques mis à sa disposition par les nouvelles dispositions du Code civil.* »¹²⁹.

B- L'efficacité du contournement de l'office du juge par la clause résolutoire

56. L'évolution des fonctions du juge peut inquiéter lorsqu'on observe l'extension de son pouvoir d'interprétation, de qualification et même de modération en matière de sanction contractuelle.

Il est généralement reconnu que l'objet de la fonction juridictionnelle est de dire le droit et de trancher le litige. De nos jours, le juge n'est plus la « *bouche de la loi* », il crée lui-même la loi. Pour donc contourner l'aléa lié à l'appréciation judiciaire, les parties

¹²⁷M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *Revue des contrats* n° 2, 2016, 402.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.*

se soustraient du pouvoir d'appréciation que le juge teint de l'article 1184 du Code civil au profit d'un mécanisme automatique qu'est la clause résolutoire¹³⁰. Pour comprendre le sens de l'aléa judiciaire que la clause résolutoire permet de contourner, il faut noter avec M. Christian ATTIAS, « *la loi use de cette expression dans tous les domaines ; elle lui donne, selon le cas, l'un ou l'autre sens, en excluant soit l'appréciation judiciaire, soit l'intervention du juge* »¹³¹. Selon le Professeur BÉNABENT, les cocontractants stipulent une clause résolutoire dans leur accord « *afin d'éviter la nécessité d'une action en justice et l'aléa inhérent au pouvoir d'appréciation du juge* »¹³². Ce mécanisme est destiné « *à éviter les lenteurs et les incertitudes de l'instance en résolution judiciaire : il constitue un mécanisme inéluctable qui tend à l'anéantissement de plein droit du contrat, à la condition d'être mis en œuvre de bonne foi par le créancier* »¹³³

La clause résolutoire est efficace et moins coûteuse. Elle est efficace, car elle permet de se défaire facilement d'un cocontractant véreux et de mauvaise foi. La procédure de résolution issue d'une clause résolutoire est en effet très rapide contrairement à la résolution judiciaire. En effet, par exemple, pour éviter l'encombrement des tribunaux d'instances qui sont compétents en matière de baux d'habitation, les parties pourraient simplement opter pour l'usage d'une clause résolutoire¹³⁴.

57. Le mécanisme de la clause résolutoire acquise d'elle-même est en effet gratuit, contrairement à la résolution judiciaire. Il est en effet urgent pour la partie à qui la clause résolutoire profite, notamment le créancier de rentrer rapidement dans ses droits, compte tenu du fait qu'il existerait une possibilité d'un dommage imminent

¹³⁰ VICKEL. F, « La pouvoir du juge et la volonté des parties », *D* 2000, p. 599.

¹³¹ V. Ch. ATTIAS, « "De plein droit" », *D*. 2013, p 2183, n°2.

¹³² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14e éd., 2014 p. 287, n° 396.

¹³³ F. VINCKEL, « Le pouvoir du juge et la volonté des parties », *D*. 2000, p. 599.

¹³⁴ DE LA VASSIERE.F, « Clause résolutoire et résiliation judiciaire : quelle voie privilégier ? » *AJDI* 2010, p. 539.

contre lui. Le créancier de l'obligation inexécutée ne peut tolérer longtemps une inexécution qui risque de bouleverser l'économie du contrat. L'inexécution d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire appelle une réponse rapide. De ce fait, les parties optent pour la plupart pour l'insertion de cette clause dans leur contrat à cause des avantages qu'elle peut offrir. On comprend donc que la clause résolutoire soit très fréquemment stipulée.

La résolution judiciaire est lente et aléatoire. Par essence, l'incertitude entourant l'activité juridictionnelle, les contractants cherchent protection dans les clauses résolutoires¹³⁵. En effet, « *très fréquentes et pratiques, la clause résolutoire est utile, car elle évite les frais, l'attente et les aléas inhérents à la procédure judiciaire* »¹³⁶. En cas de faute du débiteur, la clause résolutoire, plus facile à mettre en œuvre, présente parfois plus d'intérêt que la résolution judiciaire pour inexécution. Il est donc plus avantageux d'utiliser une clause résolutoire, la rupture s'opérant plus aisément et ses avantages sont nombreux. De même l'on constate que « *la justice dans fonctionnement traditionnel est déjà si hermétique que les justiciables s'en détournent* »¹³⁷, préférant des mécanismes leur offrant des facilités dans le règlement de leur différend. L'on note que contrairement à la résolution judiciaire qui a pour finalité de sanctionner le débiteur défaillant¹³⁸, la clause résolutoire aspire donc à libérer le contractant envers lequel l'obligation n'a pas été exécutée d'un partenaire négligeant.

58. Au final, l'on remarque, comme le souligne M. PAULIN, relativement à la spécificité de la résolution judiciaire que « *reposant sur la volonté présumée des parties, la résolution judiciaire constitue en réalité une règle d'origine légale, consacrant l'interdépendance des obligations contractuelles. La clause résolutoire, en revanche,*

¹³⁵*Ibid.*

¹³⁶ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM 1999, n° 260, p. 159.

¹³⁷ J. FOMETEU, « La distance du juge, chronique d'humeur à propos d'un dilemme de magistrat », *Cahiers Juridiques et politiques*, 2014, p. 114.

¹³⁸Cass. Com. 11 décembre 1990 BIV, n°316 p. 218. ; Cass. Civ 3. 5 janvier 1993. *Revue des loyers*, 1993, p. 139.

établit entre l'inexécution et la résolution une relation de cause à effet ». Il est clair que dans la résolution judiciaire, il y a juste une présomption de la volonté des parties, alors que la clause résolutoire représente la manifestation de la volonté réelle des parties. Ces dernières préfèrent donc le canal par lequel leur volonté serait respectée (au travers de la clause résolutoire) qu'à celle dans laquelle cette volonté sera simplement présumée (résolution judiciaire).

PII- L'emprise spécifique de la force obligatoire de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge

59. Le rôle du juge, lorsqu'il est saisi en vertu d'une clause résolutoire, est d'en assurer l'exécution. En effet, lorsque la clause résolutoire est insérée dans le contrat, elle s'impose au juge. Il peut aussi arriver que les parties saisissent le juge suite à des difficultés d'exécution de leur clause. Il revient dans ces conditions au juge de leur rappeler que leur accord est doté d'une force obligatoire qui les contraint de le respecter. Il faut noter qu'à l'inverse de l'article 1184 du Code civil, la clause résolutoire instaure une sanction conventionnelle de l'inexécution. L'existence de la clause résolutoire dépend alors de la soumission du juge lui-même. On enseigne classiquement que si le juge a le pouvoir d'apprécier, par exemple, l'importance de l'inexécution du contrat pour prononcer ou non l'inexécution, il perd ce pouvoir en présence d'une clause résolutoire¹³⁹. La clause résolutoire exprime la volonté des parties, et oblige en principe le juge de s'y soumettre. Il est donc interdit au juge de modifier la teneur de la clause résolutoire (A), de même qu'il lui est interdit de subordonner l'acquisition de la clause résolutoire à une condition non prévue par les parties (B).

A- L'interdiction faite au juge de modifier le teneur d'une clause résolutoire.

60. La jurisprudence continue d'affirmer avec force le principe de la force obligatoire du contrat de même le fait que l'intangibilité du contrat doit être préservée

¹³⁹ J-C GROSLIERE, « Le pouvoir d'appréciation du juge face à la clause résolutoire expresse », *Revue de droit immobilier*, 1998 p. 389.

quelles que soient les circonstances. La force obligatoire irrigue toutes les clauses incluses dans un contrat de même que la clause résolutoire. Avec la récente ordonnance française du 10 février 2016 reformant le droit des contrats, l'on constate dans le même sens que le « *sacro-saint principe* » de la force obligatoire du contrat n'en est pas sorti affaibli contrairement aux funestes prédications qui avaient été faites. Le principe de la force obligatoire du contrat rayonne encore au travers du nouvel article 1103. La force obligatoire des conventions restreint le contrôle judiciaire de la clause résolutoire en ce qu'elle interdit tout pouvoir modérateur sans texte du juge. L'application de ce même principe est actuelle et incontournable en présence d'une clause résolutoire. C'est dans ce sens que M. GERBAY écrit que « *Le principe de la force obligatoire des conventions, tel qu'énoncé par l'article 1134 du Code civil, doit s'imposer ; il ne saurait être question d'admettre toute autre solution non respectueuse de la volonté des parties* »¹⁴⁰.

La force obligatoire de la clause résolutoire peut se décliner sous deux aspects : il est premièrement interdit au juge d'ajouter et deuxièmement de retrancher à la clause résolutoire ce que les parties n'ont pas voulu. Cette réalité participe indirectement au renforcement du principe de la force obligatoire des conventions.

On ne saurait méconnaître le fait que le contrat est essentiellement un acte de prévision¹⁴¹. Par le truchement d'une clause résolutoire, par exemple, les parties fixent leurs engagements, et aménagent toute éventuelle inexécution en stipulant le principe selon lequel cette résolution aura lieu de façon automatique et en dehors du juge. Ceci implique l'interdiction de toute immixtion du juge pour donner un autre sens à leur prévision. Le juge n'est donc pas fondé à intervenir dans la clause résolutoire pour ajouter aux obligations d'une partie et en troubler ainsi les prévisions¹⁴². Le principe

¹⁴⁰ P. GERBAY, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, Thèse de l'Université de Dijon, Grenoble, S.R.T., 1976, n° 57, p. 48.

¹⁴¹ H. LECUYER, « Le contrat acte de prévision », in *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, PUF, 1999.

¹⁴² R. OUELHAZI, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, Thèse université de Robert Schuman de Strasbourg, 1987, p. 26.

selon lequel le juge ne doit pas ajouter aux conventions ce que n'avaient pas prévu les parties est reconnu par la Cour de cassation qui veille énergiquement à son respect. La Cour de cassation a, par exemple, tranché pour casser en se fondant sur l'article 1184 du Code civil, la décision du juge qui se livre à de telles pratiques. Pour la Cour de cassation, « *parce que par exemple le créancier réclame l'exécution du contrat, il ne saurait l'obtenir que dans les conditions convenues et non avec des modifications onéreuses pour le débiteur* »¹⁴³. L'adjonction par le juge d'une nouvelle obligation à la charge de l'une des parties contrevient au principe de la force obligatoire du contrat. Le juge doit donc respecter scrupuleusement les prévisions des parties faites dans une clause résolutoire.

Le respect du principe de la force obligatoire du contrat oblige également le juge à ne pas transposer une clause d'un contrat à une autre. La règle du nouvel article 1103 ne laisse pas de latitude au juge. Celui-ci n'est pas autorisé à ajouter de nouvelles dispositions à une clause résolutoire, car le principe de la force obligatoire des conventions entraîne aussi le fait que dès que les parties se sont entendues sur leurs engagements réciproques, le contrat se trouve définitivement fixé et devient intangible. En effet, la possibilité reconnue habituellement au juge de prononcer la résolution lorsque l'inexécution ne lui paraît pas suffisamment grave heurte la nature contractuelle de la clause résolutoire. La volonté des parties d'offrir au créancier la possibilité de résoudre le contrat en cas d'inexécution est propre à la clause résolutoire, et ceci doit s'imposer au juge en vertu du principe de la force obligatoire du contrat¹⁴⁴.

L'interdiction de la modification de la teneur de la clause résolutoire entraîne également le fait que le juge puisse retrancher quelque chose de cette clause. Cette réalité est d'ailleurs applicable à tous les contrats. L'on peut relever l'affaire du fermier qui exploitait des terres en vertu d'un contrat de bail comportant une clause résolutoire qui prévoyait la résolution du bail dans le cas où toutes les pailles récoltées n'auraient pas

¹⁴³ Cass civ, 10 mai 1881, *D* 1882, 1, p. 201.

¹⁴⁴ A. BRES, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Centre de droit de l'entreprise, n°252.

été converties en fumier. Le fermier ayant récolté 240000 bottes de paille, a vendu environ 16000 pour les remplacer avec les engrais chimiques. Constatant cela, le propriétaire de la ferme s'est prévalu de la cause résolutoire et a saisi le juge afin de constater l'acquisition de cette clause. La Cour d'appel de Paris rejeta sa demande en mettant de côté la clause résolutoire que « *les tribunaux ne sont pas liés par la lettre du contrat lorsqu'il s'agit surtout d'un contrat de bail dont l'exécution est successive* »¹⁴⁵. Cependant, la Cour de cassation invoqua l'ancien article 1134 du Code civil pour casser cette décision en soulignant qu'il n'appartient pas au juge de ne point faire application de clauses formelles et précises, et il en est de même pour les contrats dont l'exécution est successive.

61. Au final, l'intangibilité du contrat doit être préservée quelles que soient les circonstances. Il est vrai qu'il s'agit là d'une vision subjective, individualiste, plus économique, mais moins humaniste du contrat¹⁴⁶. Mais il demeure que la force obligatoire du contrat doit être préservée pour assurer la pérennité du lien contractuel. C'est respecter la force obligatoire du contrat que d'essayer de respecter le but recherché par les parties¹⁴⁷.

B- L'interdiction faite au juge de subordonner l'acquisition de la clause résolutoire à une condition non prévue par les parties.

62. Le jeu de la clause résolutoire est subordonné à une inexécution, et cette inexécution doit présenter certains caractères. L'acquisition de la clause résolutoire est soumise à une mise en demeure adressée au débiteur et restée infructueuse. Pareillement, toute inexécution par le débiteur de son obligation ne permet pas l'acquisition de la clause résolutoire. La jurisprudence limite son efficacité à l'inexécution illicite et

¹⁴⁵Cass. Civ, 10 mars 1919, S, 1920, p.120 note NAQUET.

¹⁴⁶ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse Université d'Auvergne- Clermont Ferrand 1, novembre 2014, p.123.

¹⁴⁷ M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats, quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits », *JCP.G*, décembre 2010 n° 49, doctrine 1219.

imputable au débiteur. Il est vrai que la doctrine peut voir dans la condition d'illicéité¹⁴⁸ et d'imputabilité¹⁴⁹ de l'inexécution une « *condition prétexte* » pour le juge afin de s'immiscer dans le contrat. Il faut dire que ces quelques conditions précitées ne sont pas exhaustives. Il en existe plusieurs autres¹⁵⁰ pour que l'acquisition de la clause résolutoire puisse avoir lieu.

Lorsque la clause résolutoire prévoit les conditions de son exécution, le juge doit en ordonner l'application. Un arrêt sera par exemple fait sur la condition de mise en demeure. En effet, selon que les parties l'ont prévue ou non, la condition de la mise en demeure doit être contrôlée par le juge. L'existence de l'inexécution suppose en effet que le débiteur ait été mis en demeure d'exécuter son obligation¹⁵¹. Le débiteur n'étant pas, en règle générale, tenu d'accomplir sa prestation tant qu'il n'est pas mis en demeure de le faire, il n'est défaillant que s'il ne satisfait pas à la demande que lui adresse le créancier. Dans l'écriture de la clause résolutoire, les parties doivent préciser si son acquisition doit être précédée ou non d'une mise en demeure. Il faut noter qu'en présence d'une clause résolutoire, la mise en demeure est obligatoire dans certaines hypothèses. L'on peut notamment souligner le bail où la rupture est plus douloureusement ressentie. Ainsi, le législateur français exige dans les baux d'habitation et les baux commerciaux, un « *commandement* ». Au Cameroun, l'acquisition d'une clause résolutoire est également soumise à une mise en demeure. Dans un arrêt¹⁵², la Cour suprême du Cameroun rappelle que « *considérant que la clause du bail portant qu'à défaut du paiement d'un seul terme de loyer, ce bail sera résilié de plein droit après commandement non suivi de paiement dans un certain délai, et sans autre formalité, est*

¹⁴⁸ Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, n° 07-15.226, *Bull. civ.* I, n° 275.

¹⁴⁹ , Paris, 10 févr. 1953, *Gaz. Pal.* 1953. 1. 390. - Paris, 16 oct. 1954, *JCP N* 1955. II. 8709, note G. M. - Soc. 25 mai 1956, *Bull. civ.* IV, n° 276.

¹⁵⁰ Il convient de citer entre autre la mise en demeure préalable à l'acquisition de la clause résolutoire, l'écoulement du délai de de grâce laissé par le juge au débiteur pour s'exécuter.

¹⁵¹ Cass. 2^e civ., 23 novembre. 2000, n° 99-13.844.

¹⁵² Cour suprême, Arrêt n° 158 /CC du 15 septembre 1983, affaire NJEMBELE EKALLE C/ Consorts EYOUM TOUBE Guillaume, *R.C.D* n° 29 1985, p. 248 et svt.

licite et ne permet pas au juge d'accorder au débiteur les délais prévus par les articles 1184 et 1244 du Code civil ». Autrement dit, que lorsque le commandement ou la mise en demeure est requise pour l'acquisition d'une clause résolutoire, le juge doit veiller scrupuleusement à son application. Ce juge ne doit pas exiger d'autres conditions supplémentaires. Et par ce fait, il assure le respect de la force obligatoire de la clause résolutoire.

63. L'on peut aussi voir dans certaines hypothèses que les parties peuvent, exclure dans le libellé de leur clause résolutoire la nécessité d'une mise en demeure. Dans ces conditions, il ressort de la lecture de la clause résolutoire que son acquisition aura lieu sans mise en demeure et de manière automatique. C'est le cas précisément lorsque l'obligation est telle que son exécution s'impose en l'absence même de réclamation du créancier. Pendant que les parties optent pour cette formule, le juge saisi pour constater l'acquisition de cette clause ne saurait exiger une mise en demeure. Ainsi, lorsqu'une clause résolutoire contenue dans un contrat de bail prévoit qu'elle sera acquise au bailleur huit jours après une mise en demeure restée infructueuse. Le juge ne doit donc pas, sans encourir de sanction, constater la résiliation du contrat se fondant sur le fait « *qu'on ne saurait faire reproche au bailleur de la non observation de la formalité préalable de sommation* »¹⁵³. Ou encore « *sans rechercher si la bailleuse avait adressé à sa locataire la sommation préalable prévue par la clause résolutoire* »¹⁵⁴. Le principe étant en effet qu'il n'appartient pas au juge de subordonner l'exécution du contrat ou d'une clause du contrat à une condition qui ne serait pas prévue par l'accord des parties. Une telle opération représenterait une adjonction à la convention des parties et constituerait une violation du principe de la force obligatoire des conventions. Il n'est donc pas admis que le juge se livre à de telles adjonctions au contrat en faisant, par exemple, dépendre l'exécution d'une clause résolutoire d'une condition qui n'est pas stipulée.

¹⁵³Civ. 3^{ème}, 24 novembre 1976, *Bull.civ.* III, n° 424, p. 323. *RTD.civ.* 1977, p. 341 obs. CORNU.

¹⁵⁴Civ. 3^{ème}, 17 juin 1987, *Revue Loyer* 1987, p. 479.

64. Dans une affaire où le bail avait prévu que le local est loué à usage mixte (d'habitation et professionnel), le juge décide que « *le bail n'ayant pas formellement affecté les lieux à l'habitation principale ... et qu'à défaut d'une telle affectation des lieux à un usage principal d'habitation* », les locataires ne devraient pas renouveler le bail. Cette décision fut cassée, car en « *subordonnant ainsi le droit au renouvellement du bail à la condition que les locataires affectent les locaux, à titre principal à leur habitation* », la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil¹⁵⁵. Il faut souligner que le principe selon lequel le juge ne devrait pas subordonner l'acquisition de la clause résolutoire à une condition non prévue par les parties peut être entendu dans un sens positif ou négatif. Dans un sens positif, si le juge n'est pas fondé à subordonner l'exécution d'une clause résolutoire à une condition que les parties n'ont pas convenu. Dans un sens négatif, il lui est également interdit de dispenser une partie de satisfaire à une condition prévue pour la mise en œuvre de la clause résolutoire. À titre illustratif, en jurisprudence, les conditions de validité et de mise œuvre de la clause résolutoire font l'objet d'une interprétation stricte¹⁵⁶. Ainsi, il n'est pas permis au juge, lorsqu'il est saisi pour constater l'acquisition de la clause résolutoire, de décharger ou d'exempter le demandeur, et de se soumettre à l'une des conditions de la clause résolutoire.

¹⁵⁵Civ. 3^{ème}, 29 juin 1994, Pourvoi n° 92-13.274, Ait Said c/ Locabail immobilier.

¹⁵⁶F.TERRE, Ph.SIMPLER ET Y.LEQUETTE, *op.cit.*, n°639.

Conclusion du chapitre I

65. Somme toute, les développements qui précèdent avaient pour objectif de présenter l'encadrement des pouvoirs du juge du fait de l'insertion en amont d'une clause résolutoire dans un contrat, à l'effet de présenter les moyens par lesquels les parties peuvent le faire.

La question posée était celle de savoir comment pouvait-on aménager d'avance l'intervention du juge dès la formation de la clause résolutoire ? Il faut retenir *in fine* que par sa nature d'accord de volonté excluant l'intervention du juge, la clause résolutoire est un frein non négligeable dès sa formation à l'incursion du juge dans le contrat. Dans la même lancée, pour mieux cerner l'ampleur et l'étendue de ce pouvoir, il était primordial de faire un rapprochement entre les pouvoirs dont dispose le juge dans la clause résolutoire et certaines notions voisines. En effet, ce qui ressort de cette comparaison c'est qu'en présence d'une clause résolutoire, la volonté des parties joue un rôle essentiel dans l'issue de la rupture contrairement par exemple à la résolution judiciaire où le juge dispose d'un véritable pouvoir modérateur.

Globalement, dès la formation de la clause résolutoire, les parties peuvent exercer un véritable *imperium* sur les pouvoirs du juge. Il importe maintenant de s'interroger sur une autre objectif ayant une portée plus radicale que recherche les parties en insérant une clause résolutoire dans le contrat à savoir : l'éviction totale du juge de la résolution du contrat.

**CHAPITRE II : LA RECHERCHE DE L'ÉVICTIION DU JUGE PAR
L'INSERTION DE LA CLAUSE RÉVOLUTOIRE DANS LE CONTRAT**

66. La clause résolutoire résulte de l'accord de volonté entre le débiteur et le créancier. Cet accord de volonté a pour objectif de gérer les conséquences de l'inexécution de façon amiable et en dehors de toute intervention du juge. À travers cet accord de volonté, les parties se substituent au juge dans l'évaluation des causes et des conséquences de l'inexécution. Cette clause a donc pour principal intérêt d'écarter le pouvoir d'appréciation du juge dont la mission se limite à faire respecter la volonté des parties. La Cour de cassation française a précisé dans ce sens que la clause résolutoire « *écarter l'appréciation judiciaire de la gravité des faits* »¹⁵⁷. Il est de principe que la clause résolutoire, insérée dès la formation du contrat, supprime tout pouvoir du juge, et le respect des conditions de la résolution formulées dans la clause ne devrait pas être contourné¹⁵⁸ ou remis en cause par une politique jurisprudentielle de maintien du contrat. Ceci étant relevé, quelles sont les particularités de la clause résolutoire qui assurent l'éviction du juge ? Au-delà du fait que l'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat peut considérablement réduire les pouvoirs du juge, les parties peuvent envisager aussi la totale éviction du juge de cette clause. L'on note que l'éviction du juge de la clause résolutoire découle aussi bien de la source (Section I) que des caractères de cette clause (section II).

SECTION I- L'éviction du juge du fait de la source de la clause résolutoire

67. L'élaboration d'une clause résolutoire est une opération qui consiste pour les parties à la concevoir, à la préparer soigneusement en vue de sa future conclusion. La question qui se pose d'emblée est celle de savoir si pratiquement la source conventionnelle de la clause résolutoire peut véritablement exercer une influence sur les pouvoirs du juge. Pour mieux saisir et répondre à cette question, il est nécessaire de souligner le fait que la clause résolutoire trouve sa source dans la volonté des parties.

¹⁵⁷Cass. Civ. 5 février 1992, n° 9-13153, *RTD.civ* 1992, p. 763, obs J. MESTRE ; Cass. Com. 13 décembre 2004, n° 03- 14380, *Contrats-conc. Consom.* Avril 2005, n° 4, p.16, note L. LEVENEUR.

¹⁵⁸ N. CRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse Université d'Auvergne-Clermont Ferrand 1, novembre 2014, n°48.

Du fait de la source conventionnelle de la clause résolutoire (Paragraphe I), les contractants ont cette possibilité de préciser d'emblée, lors de sa rédaction que le juge sera exclu en cas d'inexécution (Paragraphe II).

PI- La certitude de la source conventionnelle de la clause résolutoire

68. La clause résolutoire est un instrument fondamental d'éviction du juge dans la gestion des conséquences de l'inexécution du contrat. Le contrat est conclu après toutes discussions portant sur l'ensemble de ses dispositions de même que sur toutes les clauses du futur contrat. Pendant la formation du contrat, le consentement des parties à la clause résolutoire est indispensable. L'accord des volontés demeure donc fondamental aussi bien pendant l'élaboration (A) que l'acceptation de la clause résolutoire (B).

A- La clause résolutoire : fruit de la volonté des parties

69. La question qui se pose d'emblée est celle de savoir si pratiquement l'élaboration de la clause résolutoire est véritablement une œuvre commune des parties. Pour s'en convaincre, il est judicieux de souligner premièrement le fait que la validité de la clause résolutoire est soumise au consentement des parties au contrat (1), et deuxièmement le fait que l'absence de ce consentement est sanctionnée (2).

1- La nécessité d'un consentement valable des parties

69. En matière contractuelle, le mot consentement revêt plusieurs sens. Il peut dans un premier temps désigner la manifestation de la volonté de chaque partie au contrat, l'acquiescement qu'elles donnent au contrat projeté. Concrètement, il s'agit de l'échange des consentements. Dans un sens étymologique (*cum sentire*), le contrat désigne l'accord, le concours des deux volontés, leur rencontre. La clause résolutoire

exprime la volonté des parties, la volonté de maîtriser pleinement le destin du contrat sans qu'un tiers, le juge, ne puisse intervenir¹⁵⁹.

70. La clause résolutoire est également soumise à l'exigence d'un consentement valable. La validité du consentement est consubstantielle à la validité de la clause résolutoire elle-même. Consentir à une clause résolutoire, c'est la vouloir, accepter de se soumettre à toutes ses conditions. Considérant le fait que le contrat est un accord de volontés, par ricochet, la clause résolutoire nécessite également autant de consentements qu'il y a de parties¹⁶⁰. Il est de principe que l'accord des volontés suffit à conclure la clause résolutoire, bien qu'après, cette clause confère à l'une des parties un « *droit conventionnel de résolution* »¹⁶¹.

Cette volonté est davantage encadrée lors de la réalisation de la clause résolutoire. Les parties sont donc maîtresses de tous les processus de la conclusion de la clause résolutoire. Le droit place la volonté de l'homme comme source de l'obligation auquel il est soumis, mais ce même droit a aussi limité en quelque sorte le pouvoir de la volonté qui ne peut s'exprimer purement sans risquer la démesure, et ne lui permet en principe de créer l'obligation que par la rencontre avec une autre volonté¹⁶². On constate que la rencontre de volontés des deux parties est en principe indispensable pour la formation de la clause résolutoire, bien que la pratique démontre le contraire.

2- La sanction de l'absence de consentement

71. La clause résolutoire est en principe inexistante faute de consentement des parties. Le contrat est présenté de manière classique comme la rencontre d'une offre et d'une acceptation. En réalisant l'accord des volontés, l'acceptation donne naissance au

¹⁵⁹ CH. CARON, « La clause résolutoire en droit français », in *Etudes juridiques, Revue de la faculté de droit de Sfax*, 31 décembre 2000, n° 7, p. 68.

¹⁶⁰ PH. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 9^{ème} ed, LexisNexis 2005, n° 106.

¹⁶¹ J. CARBONNIER, obs. in *RTD.civ.* 1954, p. 321.

¹⁶² M-A FRISSON-ROCHE, « Volonté et obligation », in *Archives de philosophie du droit, L'obligation*, Tome 44, p. 129.

contrat¹⁶³. Ceci est également valable pour la formation de la clause résolutoire, en ce que c'est de la rencontre des volontés des contractants que naît cette clause.

Il demeure que dans la conception d'une telle convention où l'éviction du juge est souvent¹⁶⁴ la règle, la clause fait éventuellement l'objet d'une négociation pour souligner qu'il existe des hypothèses où la négociation de la clause résolutoire fait défaut. La clause résolutoire reste rare¹⁶⁵, au demeurant, sa présence ne signifie pas qu'elle bénéficie d'une négociation. Elle peut émaner de la volonté d'une partie qui la propose à l'autre pour acceptation. Certes, les parties pourraient discuter de la clause, la supprimer ou la modifier, elles ne le font cependant que rarement. La clause résolutoire n'est davantage pas négociée dans les contrats plus usuels. Même lorsque la négociation demeure possible, la clause résolutoire est rarement discutée et ne reflète guère la commune intention des parties.

Le contrat d'adhésion est caractérisé par le fait que son élaboration échappe à une partie, en raison de l'existence entre les contractants d'un rapport de force qui rend impossible toute négociation ou divulgation collective de l'offre par la partie dominante¹⁶⁶. Mais la clause résolutoire reste présente dans certains contrats d'adhésion à savoir les contrats de dépendance¹⁶⁷, les contrats de distribution¹⁶⁸, de concession¹⁶⁹ de franchisage et de fourniture¹⁷⁰.

¹⁶³ F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, p.120, n° 104.

¹⁶⁴ J.A BOON et R. GOFFIN, *Les contrats clés en main*, Masson 1987, p.130.

¹⁶⁵ D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec 1980, p 228, n° 235.

¹⁶⁶ J.L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, p. 277, n° 299 et 300.

¹⁶⁷ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, LGDJ 1986, p. 10 et p. 222.

¹⁶⁸ M.E ANDRE, *Les contrats de grande distribution*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec 1991, p.184 ; R. VERNIAU, « La sanction de l'atteinte à l'image par le distributeur agréé », *Cahier de droit de l'entreprise*, 1991, p. 28.

¹⁶⁹ C. CHAMPAUD, « La concession commerciale », *RTD. Com* 1963, p. 479, n°34.

¹⁷⁰ A.SEUBE, *Le contrat de fourniture*, Thèse dactylographiée, Montpellier, 1970, p. 67, p. 486, n°66.

72. On peut comprendre les raisons pour lesquelles cette clause est simplement interdite dans certains contrats. C'est notamment le cas dans les baux à fermes¹⁷¹, encore que dans les baux d'immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel, les clauses de résiliation de plein droit sont en principe interdites et déclarées non écrite¹⁷². De même, dans la procédure collective d'apurement du passif, une fois que la cessation de paiement a été judiciairement constaté et une procédure d'apurement de passif ouverte, l'égalité des créancier chirographaire entraîne le fait que l'un d'entre eux ne peut améliorer sa situation au détriment des autres par le biais d'une convention particulière¹⁷³. En effet « *La dérogation au droit commun se justifie par des considérations pratiques. Si la validité de la clause résolutoire est admise, la clause résolutoire deviendrait une clause de style parce qu'elle présente l'avantage d'une solution simple et rapide au contractant* »¹⁷⁴, ce dernier pouvant en réalité se libérer frauduleusement de son engagement en invoquant la dite clause¹⁷⁵.

B- L'impact de l'acceptation de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge

73. L'acceptation est l'agrément pur et simple de l'offre par le destinataire de celle-ci¹⁷⁶. L'acceptation suffit à former le contrat, lorsqu'elle porte sur une offre valable. Elle représente l'acquiescement, l'approbation, bien plus le consentement que donne une partie au contrat à l'offre qui lui est faite par l'autre partie. L'acceptation est, selon le *Vocabulaire juridique* Cornu, une « *manifestation de volonté expresse ou tacite,*

¹⁷¹ Article L.411-31. Code Rural et de la pêche maritime française.

¹⁷² Art 4 Loi française du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

¹⁷³ M. PEDAMON, « Des clauses résolutoires expresses pour cause de faillite ou de règlement judiciaire dans les ventes mobilières », *D* 1963, Chron p. 110.

¹⁷⁴ A. DIOH, « Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur OHADA, étude à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, p.136.

¹⁷⁵ A. SEID ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français*, L'harmattan, Paris 2009, p. 195.

¹⁷⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, n 121.

par laquelle une personne consolide un droit que la loi ou la volonté lui accorde »¹⁷⁷.
L'acceptation scelle en quelque sorte le contrat entre les parties en présence.

S'agissant de la clause résolutoire, son initiative et sa conception peuvent être le fait d'une seule partie au contrat. Mais, il demeure que l'acceptation de cette clause par l'autre partie est indispensable à sa validité. La clause résolutoire peut être insidieusement insérée dans un contrat tel que le contrat d'assurance ou de bail. Il revient à l'autre partie contractante, spécialement le débiteur, de bien prendre connaissance du contrat avant de s'engager. Un débiteur ne peut pas arguer du fait qu'il n'a pas été informé de la présence d'une clause résolutoire dans le contrat pour la réfuter. Il est de principe admis que l'acceptation d'un contrat vaut acceptation de toutes les clauses incluses dans ledit contrat et par ricochet acceptation de la clause résolutoire.

74. L'on peut tout de même s'interroger sur la question de l'étendue de l'acceptation de la clause résolutoire insérée dans un contrat. Il existe des hypothèses où on peut accepter ce qu'on ne connaît pas. Il existe des clauses dont on peut douter que l'acceptant les ait connues, en raison leur présentation¹⁷⁸. Il faut noter que la présentation (rédaction en caractère minuscule) adoptée par le contractant pour certaines clauses importantes telles que la clause résolutoire ou la clause limitative de responsabilité peut laisser des doutes sur le fait que le destinataire savait ce à quoi il s'engageait et créer également le doute sur l'intention véritable du destinataire, notamment dans les contrats dits d'adhésion. Ne s'agit-il pas, dans ce cadre, d'une manœuvre dolosive ou d'un manquement au devoir d'information dont parle l'article 1112-1 de la récente ordonnance française portant réforme du droit des contrats et du régime de la preuve? La jurisprudence, pour sa part, a décidé qu'il appartient à celui qui invoque une clause insidieuse de prouver son acceptation¹⁷⁹.

¹⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^eed, décembre, PUF 2013, V° Acceptation.

¹⁷⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op.cit.*, n° 122, p. 135.

¹⁷⁹ Civ. 1^{re}, 28 avril 1971, *JCP.G* 1972, II, 17280 note BOITARD et RABUT, 3 mai 1979, *Bull. civ.* I, n 128, p. 103 ; *D.* 1980 IR p. 262. Note GHESTIN ; Civ. 1^{re}, 31 mai 1983, *Bull.civ.* I, n° 159, p. 138. (Qui écarte la clause

Au final, l'acceptation implique une connaissance, mais une précision doit être faite selon que pendant la conclusion du contrat, la clause figure dans un document contractuel. Dans ce cadre, la jurisprudence décide qu'en principe la clause a été acceptée, sauf si elle est « *insolite et peu apparente* »¹⁸⁰. Au contraire, lorsqu'elle n'est pas présente dans le contrat écrit, les tribunaux estiment qu'elle n'a pas été acceptée sauf à prouver le contraire¹⁸¹. Les éléments du contrat qui ne sont pas présents dans un contrat écrit ne peuvent être présumés acceptés.

P II - La certitude de l'exclusion du juge lors de la rédaction de la clause résolutoire

75. La clause résolutoire ne trouve sa raison d'être que dans le fait qu'elle envisage d'exclure le pouvoir d'appréciation du juge en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Pour ce faire, les parties doivent se rassurer que pendant la rédaction de cette clause, l'exclusion du juge apparaisse de manière non équivoque dans son libellé. La clause résolutoire est une stipulation du contrat qui donne à la résolution un effet de plein droit¹⁸². Ainsi, cette résolution de plein droit ne devrait pas être présumée ou alors recherchée ; elle doit apparaître clairement dans l'*instrumentum* du contrat. C'est en effet ce constat que l'on se propose de décrire en étudiant successivement le fait que l'exclusion du juge est le critère même de la clause résolutoire (A) , en plus du fait que cette exclusion est la finalité de la clause résolutoire (B).

limitative de responsabilité écrite en caractère minuscule sur le ticket remise à une société de parking à son client) ; Civ. 1^{re} , 27 févr. 1996, *Défrenois* 1996. 742. Obs, Aubert, (qui écarte une clause relative à la limitation de la garantie d'assurance figurant dans un contrat de location de camion sans chauffeur car cette clause était noyée dans un texte 16 articles reproduits en petits caractères et était contredite par le dépliant publicitaire)

¹⁸⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^eed LGDJ 2013, n° 472, p. 231.

¹⁸¹Cass. Com , 14 jan 1975, *Bull. civ.*, n° 11 ; Cass. Com 26 fevr 1991, *RTD civ.*, 1992 obs J. MESTRE.

¹⁸² J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD.civ.*, 1957, n° 1, p. 28.

A- L'exclusion du juge : critère de la clause résolutoire

77. Une clause résolutoire a pour objet la résolution de plein droit de la convention, dès lors que l'un des co-contractants n'aura pas satisfait de façon complète aux obligations mises à sa charge. Ce qui fait la particularité de cette clause, c'est le fait qu'elle a pour finalité de contourner l'intervention judiciaire dans la résolution d'une convention. La clause résolutoire contenue dans un bail obéit à la loi des parties, et s'impose au juge qui est tenu de l'appliquer dès lors que la matérialité du manquement aux obligations contractuelles visé par la clause est constatée. Pour bien mesurer et comprendre comment les pouvoirs du juge peuvent être contrôlés par les parties en présence d'une clause résolutoire, il est fort instructif de souligner que le juge est absent aussi bien pendant la conception (1) que dans l'appréciation des conséquences de la clause résolutoire (2).

1- La rédaction de la clause résolutoire par les parties

78. La clause résolutoire est une « *res inter alios acta* », et de ce fait, il est assez inconcevable de pouvoir déceler d'une quelconque manière que ce soit la place du juge dans la formation de telles clauses. La formation des clauses contractuelles, en général, relève de la compétence des parties au contrat. Le principe qui préside la formation des clauses contractuelles étant celui de la liberté¹⁸³. Ce sont les parties qui conçoivent et rédigent les différentes clauses de leur contrat. Ces clauses ne doivent cependant pas déroger aux règles qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Pour aller dans ce sens, le nouvel article 1162 issu de la réforme du droit français des contrats du 16 février 2016 est une pâle copie de l'article 6 du code civil. Cet article 1162 précise en effet que, « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par les parties* ». Au travers de cet article, la nécessité de conformité du contrat à l'ordre public est réaffirmée et spécifiée. On peut noter que

¹⁸³ F. CHABAS, « clause pénale », *Juris-cl. Civ.*, art. 1146-1155, Fasc. X, 1976, n° 3 et svt.

cette interdiction s'applique aussi bien aux stipulations du contrat qu'au but poursuivi par le contrat.

Il est de principe que le juge n'intervient pas dans la conception des clauses contractuelles. Mais la pratique nous démontre une toute autre réalité. Il est des hypothèses où le juge peut s'immiscer dans la formation des clauses contractuelles. Le juge peut notamment veiller au respect des engagements pris pendant la période préparatoire à la conclusion des clauses, il peut également procéder à une sorte de réfaction judiciaire des clauses indemnitaires et forfaitaires en cas d'excès manifeste dans leur fixation. Le juge neutralise aussi souvent certaines clauses du contrat pour protéger certains contrats de la dérive.

Le juge peut de même intervenir pendant la formation d'une clause résolutoire pour vérifier la réalité du consentement donné par l'une des parties à cette clause. En effet, la clause résolutoire est formée par la rencontre du consentement des parties. Ce consentement ne peut être valable que s'il a été donné de façon saine et sans vice. « *La théorie des vices de consentements est délicate* »¹⁸⁴. Elle a pour objectif de protéger la justice et la sécurité des relations contractuelles. La clause résolutoire ne doit pas être conclue par l'un des cocontractants ni par erreur, ni par dol, violence ou lésion. À défaut, le juge pourrait s'ingérer pour extirper le contrat et par ricochet la clause résolutoire de ces vices de consentements. En ceci le juge participe au contrôle de la formation de la clause résolutoire.

Il demeure que bien qu'une pléthore d'hypothèses existent où le juge essaye de contrôler la formation des clauses contractuelles bien qu'il ne participe pas à la conception des dites clauses. Le principe reste celui selon lequel la conception et la formation de la clause résolutoire échoit aux parties.

¹⁸⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op.cit.*, n° 446, p. 240.

2- Le refus des parties de l'appréciation judiciaire des conséquences de la clause résolutoire

79. L'inexécution d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire entraîne plusieurs conséquences. À ce propos, « *Il est devenu classique de souligner combien la clause résolutoire offre aux parties le moyen de contourner les inconvénients de l'article 1184 du code civil* »¹⁸⁵. En effet, la Cour de cassation, par un arrêt qu'on qualifie de fondateur de la clause résolutoire, a décidé qu'« *il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue opérant de plein droit ; qu'une pareille condition n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'on fait ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer* »¹⁸⁶. Il ressort de cet arrêt que les parties à un contrat sont libres d'évincer le juge de l'appréciation des conséquences de l'inexécution de leur convention par l'utilisation d'une clause résolutoire. À une telle époque où le dogme de l'autonomie de la volonté régnait en maître, il n'a gêné personne que ces parties puissent librement court-circuiter et contourner le juge par une clause résolutoire. Cet arrêt marque un net recul des pouvoirs du juge dans le cadre de la résolution du contrat afin de renforcer la situation du créancier et de respecter la volonté des parties¹⁸⁷.

80. La clause résolutoire n'a sa raison d'être que parce qu'elle a cet objectif d'évincer le juge de son mécanisme. Sous l'ancien droit (avant l'avènement du code civil), une telle clause avait seulement une valeur comminatoire et ne privait pas le juge de son pouvoir d'appréciation. Plus tard, l'arrêt du 2 juillet 1860 est venu rompre avec cette tendance en enserrant les pouvoirs du juge relativement à la clause résolutoire. En effet, du pacte commissaire de la vente romaine jusqu'à la condition tacite de l'article 1184 du Code civil, le raisonnement des juristes a toujours été tourné vers un modèle de

¹⁸⁵ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ 2007, n° 338, p. 246.

¹⁸⁶ Cass.civ, 2 juillet 1860, *D*, 1860, p. 284.

¹⁸⁷ C. PONINEAU-DEHOULLON, *Les remèdes de la justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, LGDJ 2008, n° 124, p. 74.

clause voulu par les parties¹⁸⁸. La volonté des parties est mise en en avant par le mécanisme de la clause résolutoire. La dispense de l'intervention judiciaire pour résoudre le contrat donne à la clause résolutoire une redoutable efficacité. Même lorsque le juge est saisi par les parties, il ne peut en principe remettre en cause la résolution acquise hors de lui au motif que l'inexécution serait suffisamment grave¹⁸⁹. C'est dans ce sens que la Cour de cassation refuse aux juges de fond le pouvoir d'écarter la clause résolutoire, en se fondant aussi bien sur la bonne foi du débiteur¹⁹⁰ que sur la passivité du créancier qui est resté longtemps sans mettre en œuvre la clause résolutoire¹⁹¹.

81. La réforme française du droit des contrats et du régime de la preuve des obligations relativement au pouvoir du juge dans la clause résolutoire ne fait ni du juge, ni des parties un gagnant. Ainsi, « *C'est plutôt un jeu d'équilibre qui se met en place entre des parties dont la liberté contractuelle est encouragée et les prérogatives unilatérales sont augmentées, liberté et prérogatives qu'elles doivent exercer avec modération au risque de se retrouver devant un juge qui dispose d'une boîte à outils tellement riche qu'il peut remettre en cause, avec une marge de manœuvre considérable, ce qui a été rédigé ou ce qui aura été mis en œuvre par les parties* »¹⁹². Il faut noter que bien que cette réforme crée une variété de prérogatives unilatérales aussi bien curatives que préventives, le juge peut intervenir dans plusieurs de ces prérogatives pour les contrôler. Cette pléthore de procédés de résolution unilatérale du contrat mise en place par la réforme est conçue comme un « *kit de survie* » du créancier en cas d'inexécution

¹⁸⁸ Th. GENICON, *op.cit.*, n° 340.

¹⁸⁹ M. LAMOUREUX, « Le contrôle des pouvoirs du juge par le contrat », in *l'efficacité du contrat*, sous la direction de GWENDOLINE LARDEUX, Dalloz 2011, p. 65.

¹⁹⁰ Cass 3^e, 24 septembre 2003, *Bull. civ. III*, n° 161; *RTD.civ.* 2003, p.707, obs. MESTRE et FAGES ; *RTD.civ.* 2004, 644, obs MAZEAUD.

¹⁹¹ Civ 3^e, 19 mars 2008, *Bull civ. III*, n° 53.

¹⁹² M.MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *Revue des contrats* n°2, Avril 2016, p. 408.

du contrat par le débiteur¹⁹³. Pour conclure sur le rôle du juge dans les contrats et par ricochet la clause résolutoire, il convient de noter qu'il y a simplement eu un déplacement du rôle du juge, car « *Ces nouvelles prérogatives unilatérales du créancier ne réduisent pas le rôle du juge mais le déplacent a posteriori et modèlent son contrôle en un contrôle de régulation, un contrôle du respect des conditions de forme et de fond de la mise en jeu de ses prérogatives par le créancier, en un contrôle de proportionnalité* ». Au final, le rôle du juge se résume au simple contrôle des conditions de mise en œuvre de ces prérogatives, le juge ne contrôlant pas leur proportionnalité. Il demeure que la clause résolutoire reste la chose des parties, et c'est sa raison d'être. La meilleure façon de rendre prévisible le contrat est d'éviter le juge. M. MEKKI pouvait dans ce sens conclure son propos relativement à l'un des objectifs de la réforme qui est de rendre le droit français des contrats plus attractif en affirmant que « *qui dit droit attractif des contrats, dit juge répulsif !* »¹⁹⁴.

82. Sur le plan Communautaire, l'article 133 de l'Acte uniforme OHADA portant droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010 dispose que « ... *Le contrat de bail peut prévoir une clause résolutoire de plein droit. La juridiction compétente statuant à bref délai constate la résiliation du bail et prononce...* ». Nous pouvons d'emblée remarquer que relativement aux conséquences de l'acquisition de la clause résolutoire, le juge n'a véritablement pas de pouvoir, ce d'autant plus qu'il ne fait que « *constater* » l'acquisition de cette clause.

B- Les finalités de l'éviction du juge de la clause résolutoire

83. Parler de la finalité de l'exclusion du juge de la clause résolutoire revient à s'interroger sur l'objet et le but de l'exclusion du juge de la clause résolutoire. En effet, caractérisée par de profondes mutations, notre société actuelle connaît une diversification des fonctions du juge. Aux principales fonctions de trancher le litige et

¹⁹³ N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », in *Le juge auteur ou acteur de la réforme du droit des contrats*, *op.cit.*, p. 410.

¹⁹⁴ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op.cit.*, p. 408.

d'appliquer le droit, se sont adjointes plusieurs autres. Cette extension des fonctions du juge a créé une sorte de méfiance à l'égard de son office. Au travers de l'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat, les parties tentent de contourner non seulement l'office du juge (1), elles sont également assurées du respect de leur engagement (2).

1- Le contournement de l'office du juge

84. L'évolution des fonctions du juge peut inquiéter lorsqu'on observe l'extension de son pouvoir d'interprétation, de qualification et même de modération en matière de sanction contractuelle.

Il est généralement reconnu que l'objet de la fonction juridictionnelle est de dire le droit et de trancher le litige. De nos jours, le juge n'est plus la « *bouche de la loi* », il crée lui-même la loi. Pour donc contourner l'aléa lié à l'appréciation judiciaire, les parties se soustraient du pouvoir d'appréciation que le juge teint de l'article 1184 du Code civil au profit d'un mécanisme automatique qu'est la clause résolutoire¹⁹⁵. La clause résolutoire est efficace et moins coûteuse. Elle est efficace, car elle permet de se défaire facilement d'un cocontractant véreux et de mauvaise foi. La procédure de résolution issue d'une clause résolutoire est en effet très rapide contrairement à la résolution judiciaire. En effet, par exemple, pour éviter l'encombrement des tribunaux d'instances qui sont compétents en matière de baux d'habitation, les parties pourraient simplement opter pour l'usage d'une clause résolutoire¹⁹⁶.

Le mécanisme de la clause résolutoire acquise d'elle-même est en effet gratuit, contrairement à la résolution judiciaire. Il est en effet urgent pour la partie à qui la clause résolutoire profite, notamment le créancier de rentrer rapidement dans ses droits, compte tenu du fait qu'il existerait une possibilité d'un dommage imminent contre lui. Le créancier de l'obligation inexécutée ne peut tolérer longtemps une inexécution qui risque

¹⁹⁵ VICKEL. F, « La pouvoir du juge et la volonté des parties », *Recueil Dalloz* 2000, p. 599.

¹⁹⁶ DE LA VASSIERE.F, « Clause résolutoire et résiliation judiciaire : quelle voie privilégier ? » *AJDI* 2010, p. 539.

de bouleverser l'économie du contrat. L'inexécution d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire appelle une réponse rapide. De ce fait, les parties optent pour la plupart pour l'insertion de cette clause dans leur contrat à cause des avantages qu'elle peut offrir. On comprend donc que la clause résolutoire soit très fréquemment stipulée.

Face à l'insuffisance de la résolution judiciaire, lente et aléatoire, le contractant cherche protection dans les clauses résolutoires¹⁹⁷. En effet, « *très fréquentes et pratiques, la clause résolutoire est utile, car elle évite les frais, l'attente et les aléas inhérents à la procédure judiciaire* »¹⁹⁸. En cas de faute du débiteur, la clause résolutoire, plus facile à mettre en œuvre, présente parfois plus d'intérêt que la résolution judiciaire pour inexécution. Il est donc plus avantageux d'utiliser une clause résolutoire, la rupture s'opérant plus aisément et ses avantages sont nombreux. De même l'on constate que « *la justice dans fonctionnement traditionnel est déjà si hermétique que les justiciables s'en détournent* »¹⁹⁹, préférant des mécanismes leur offrant des facilités dans le règlement de leur différend. L'on note que contrairement à la résolution judiciaire qui a pour finalité de sanctionner le débiteur défaillant²⁰⁰, la clause résolutoire aspire donc à libérer le contractant envers lequel l'obligation n'a pas été exécutée d'un partenaire négligeant.

85. Au final, l'on remarque, comme le souligne M. PAULIN, relativement à la spécificité de la résolution judiciaire que « *reposant sur la volonté présumée des parties, la résolution judiciaire constitue en réalité une règle d'origine légale, consacrant l'interdépendance des obligations contractuelles. La clause résolutoire, en revanche, établit entre l'inexécution et la résolution une relation de cause à effet* ». Il est clair que dans la résolution judiciaire, il y a juste une présomption de la volonté des parties, alors que la clause résolutoire représente la manifestation de la volonté réelle des parties. Ces

¹⁹⁷*Ibid.*

¹⁹⁸ S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, PUAM 1999, n° 260, p. 159.

¹⁹⁹ « La distance du juge, chronique d'humeur à propos d'un dilemme de magistrat », *Cahiers Juridiques et politiques*, 2014, p. 114.

²⁰⁰Cass. Com. 11 décembre 1990 BIV, n°316 p. 218. ; Cass. Civ 3. 5 janvier 1993. *Revue des loyers*, 1993, p. 139.

dernières préfèrent donc le canal par lequel leur volonté serait respectée (au travers de la clause résolutoire) qu'à celle dans laquelle cette volonté sera simplement présumée (résolution judiciaire).

2- La garantie du respect des engagements contractuels

86. Le contrat a acquis de nos jours une valeur beaucoup plus étendue que ce qu'elle représentait. M. TERRE soulignait déjà dans ce sens qu'il a un « rayonnement » qui va au-delà des parties contractantes²⁰¹. Le contrat de même que ses clauses sont devenus un soleil qui brille aussi bien sur les parties que sur les tiers. Vu l'importance qu'a acquis le contrat, il doit être protégé contre « *les caprices ou les desseins d'anéantissement que les parties pourraient manifester à son égard* »²⁰². La clause résolutoire participe dans un sens pareil à la protection du lien contractuel au travers de sa fonction comminatoire.

87. La clause résolutoire a un rôle comminatoire et on la classe parmi les clauses dissuasives de litige²⁰³. Elle est dissuasive de litige, parce qu'elle est un puissant mécanisme d'incitation au respect des engagements contractuels. Elle est une sorte d'« *épée de Damoclès* » qui plane sur la tête du débiteur véreux qui n'exécutera pas ses obligations. En raison du fait qu'elle établit un lien de cause à effet entre l'inexécution et la résolution, la clause résolutoire assure par ricochet le respect des engagements contractuels. Le rôle comminatoire de la clause résolutoire peut également se justifier par son efficacité.

Sanctionnant l'inexécution, la clause résolutoire, corrélativement²⁰⁴, incite le débiteur à l'exécuter. Ce lien de cause à effet entre l'inexécution et la résolution dans la clause résolutoire incite le débiteur à exécuter ses obligations par peur de

²⁰¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, p. 499.

²⁰² M-E PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM 1996, n° 1, p.7.

²⁰³ E. LOQUIN, « Les clauses dissuasives de litige », *J-CL. Cont-distrib*, 1989, fasc 135, n° 108 et svt.

²⁰⁴ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire* LGDJ 1996, n° 112, p.120.

« *représailles* ». Cette même clause résolutoire assure également la discipline contractuelle en menaçant le débiteur pour qu'il exécute ses obligations. Dans les contrats unilatéraux et synallagmatiques, le respect scrupuleux des engagements contractuels est toujours nécessaire.

D'un autre côté, le mécanisme de la clause résolutoire comme la clause pénale assure une fonction pénale. La clause résolutoire apparaît comme une « *arme dissuasive* »²⁰⁵, un procédé de contrainte à l'exécution, une technique de prévention de l'inexécution²⁰⁶. La clause pénale joue un rôle semblable à la clause résolutoire expresse, qui elle aussi, constitue un mode de contrainte en ce sens qu'elle stimule l'exécution. L'on constate que la menace que fait peser une telle stipulation sur le débiteur est certaine, car celui-ci sait alors que sa défaillance entraînera, de plein droit, la destruction rétroactive du contrat, sans qu'il puisse compter sur une intervention judiciaire bienveillante destinée au sauvetage du contrat²⁰⁷. Le débiteur est en quelque sorte « *tenu en haleine et incité à exécuter complètement et ponctuellement ses obligations* »²⁰⁸.

88. En conclusion, la fonction comminatoire de la clause résolutoire est essentielle et consubstantielle à cette notion. Ce caractère est un trait essentiel un élément constitutif de la clause résolutoire. La qualification de clause résolutoire est subordonnée à la condition que cette clause assure l'exécution de l'obligation par le débiteur, et en d'autres termes, qu'elle ait un caractère comminatoire. Ce caractère comminatoire dont est revêtue cette clause assure efficacement l'exécution de l'obligation.

²⁰⁵ M. VASSEUR, note sous CA Paris, 5 janvier 1977, *D* 1977, p. 1265.

²⁰⁶ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ 1992, n°93, p. 62.

²⁰⁷ Ph. GERBAY, *Les moyens de pression privés et exécution du contrat*, Thèse Dijon 1976, p. 47.

²⁰⁸ J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD. civ.* 1957, p. 433 et svt.

SECTION II- L'éviction du juge du fait des caractères de la clause résolutoire

89. Marque d'une véritable défiance à l'égard du juge, la clause résolutoire est traditionnellement présentée comme le moyen d'écarter l'autorité du juge dans le règlement des conséquences de l'inexécution. Il faut dire qu'en insérant une telle clause dans un contrat, les contractants expriment clairement leur volonté de se défaire de l'intervention du juge en ce qui concerne la période de rupture du contrat. La clause résolutoire a donc pour finalité d'« *empiéter sur la fonction judiciaire de l'Etat* »²⁰⁹. Dans le cadre de cette partie, l'on s'efforcera de répondre à la question de savoir quelles sont les conséquences, bien plus les effets qu'entraînent les caractères de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge ?

Le juge se trouve mis de côté en présence d'une clause résolutoire, et ceci principalement à cause des caractères qui sont attachés à cette clause. Il est donc d'un intérêt significatif de présenter le fait que les caractères automatiques (PI), et comminatoire de la clause résolutoire (PII) peuvent efficacement contribuer à l'éviction du juge de ce mécanisme.

PI- L'éviction du juge du fait du caractère automatique de la clause résolutoire

90. La particularité de la clause résolutoire, par rapport aux institutions qui lui sont voisines, réside dans le fait qu'une fois que l'inexécution n'est plus l'objet d'un doute, l'acquisition de cette clause est automatique. Cette automaticité qui caractérise la clause résolutoire et dont on vante traditionnellement les mérites, ne rencontre pas la faveur du juge. Outre le fait qu'elle anéantit le pouvoir d'appréciation tout comme l'intervention du juge, elle présente certains inconvénients qu'il convient d'analyser (B). Mais il demeure que ces inconvénients sans doute négligeables ne doivent pas remettre

²⁰⁹ L'expression est du Doyen Carbonnier, *Droit civil*, T IV, 7^e éd., 1972, n°262.

en cause les mérites que le caractère automatique de la clause résolutoire imprime à l'efficacité de cette clause (A).

A- L'efficacité du caractère automatique de la clause résolutoire

91. Dire de la clause résolutoire qu'elle joue automatiquement revient à affirmer qu'une fois les conditions de sa mise en œuvre réunies, le contrat s'anéantit indubitablement sans l'intervention du juge et tel que les parties l'avaient prévu. L'automatisme est traditionnellement présentée, par exemple, comme l'un des « traits saillants du jeu de la condition réalisée »²¹⁰. Le caractère automatique attaché à la clause résolutoire signifie qu'elle joue d'office. Il faut noter que la clause résolutoire constitue un acte de justice privée dépourvu des garanties attachées aux sanctions judiciaires²¹¹. La clause résolutoire jouant automatiquement, et si on reste fidèle à ce principe d'automatisme et celui de l'autonomie de la volonté, on peut dire que le créancier ne peut unilatéralement renoncer au jeu de la clause résolutoire tant que l'évènement visé par la clause résolutoire s'est réalisé. En effet, malgré certains contrôles judiciaires qui peuvent intervenir avant la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire, l'idée demeure que les parties sont libres de prévoir la résolution automatique qui puise ainsi appui dans l'accord des volontés qu'il y a eu préalablement entre les parties. La clause résolutoire contenue dans un contrat obéit à la loi des parties et s'impose au juge qui est tenu de l'appliquer, dès lors que la matérialité du manquement aux obligations contractuelles visé par la clause est constatée. La valeur coercitive de la clause résolutoire résulte de son automatisme.

92. Dans le même sens, la majorité des baux commerciaux contiennent une clause résolutoire prévoyant la résiliation de plein droit du contrat en cas de manquement

²¹⁰ M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Thèse (préf. D. MAZEAUD), LGDJ., 2009, p. 511. p. 458.

²¹¹ J. DEPRESZ, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. XVII, p. 54.

du preneur à ses obligations. Devenue de style, la clause résolutoire permet au bailleur, du moins en théorie, d'éviter l'appréciation du juge et, partant, les lenteurs et les incertitudes de la résiliation judiciaire. Le rôle du juge est effectivement limité en présence d'une clause résolutoire : il n'a pas à prononcer la résiliation, puisque celle-ci est déjà acquise, en vertu de la clause, au moment où il statue. Il lui appartient seulement de constater que la résiliation a eu lieu automatiquement. L'automaticité attachée à la clause résolutoire est une véritable aubaine pour cette dernière. Car la paralysie de l'appréciation judiciaire due à cette automaticité de l'acquisition de cette clause représente, par la même occasion, une garantie de son efficacité. Autrement dit « *sa rapidité, son automaticité, son large domaine d'application et son adaptabilité aux situations contractuelles particulières font de la clause résolutoire un instrument efficace à la discrétion du créancier et aux caractères tant comminatoires que préventifs* »²¹². La nature même d'une clause résolutoire exclut toute intervention extérieure. Lorsque la clause résolutoire se réalise, la résolution s'opère automatiquement. Il serait incohérent et contraire à ce mécanisme d'avoir par exemple recours à la justice pour obtenir la résolution²¹³. Le juge ne fait que constater la résolution qui a eu lieu au moment de la réalisation de la clause résolutoire. Autrement dit, dès qu'il est en présence d'une clause résolutoire le juge doit s'incliner. Son rôle consiste simplement à constater l'existence de la résolution en conformité avec les termes de la stipulation.

Bref, l'automaticité de la clause résolutoire représente l'un de ses caractères qui font sa force. Cependant, ce caractère ne trouve pas l'assentiment de tous. Il convient de faire un arrêt sur les failles et les conséquences négatives qui peuvent naître de l'acquisition automatique de la clause résolutoire.

²¹² R. MARTY, « La validité et mise ne œuvre des pactes commissaires express, à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de Cour de cassation du 3 juin 1997 ». *RFC Chroniques* janvier 1998, p.45.

²¹³ A. BRES, *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Centre de droit de l'entreprise, n°251.

B- La critique du caractère automatique de la clause résolutoire.

93. Ce qu'on peut noter d'entrée de jeu relativement à ce caractère, c'est qu'il apparaît clairement que l'automatisme de la clause résolutoire est largement illusoire. Sur le plan pratique, pour citer l'exemple du bail, l'on constate que soit le bailleur obtient l'acquisition de la clause au prix de plusieurs années de procédure, soit son action en constatation de l'acquisition de la clause est interrompue par l'ouverture d'une procédure collective.

Il faut noter que Le contentieux relatif à la mise en œuvre de la clause résolutoire insérée dans un bail commercial, pour des manquements postérieurs à l'ouverture de la procédure collective du preneur, ne faiblit pas²¹⁴. Dans un autre récent arrêt²¹⁵, la Cour d'appel de Montpellier estime que Le bailleur est irrecevable à poursuivre son action en constatation de la résiliation du bail, notamment pour défaut de paiement des loyers postérieurs pendant plus de trois mois à compter du jugement d'ouverture d'une procédure collective. Ce nouvel arrêt d'appel montre, s'il en était encore besoin, que le jeu de cette clause est fortement perturbé en cas de procédure du preneur²¹⁶. Toute action en résiliation judiciaire est pareillement exclue concernant les créances antérieures et notamment concernant les baux commerciaux²¹⁷. En somme, « *La clause résolutoire est paralysée pour laisser au débiteur le temps de s'organiser dans l'exécution de ses différentes obligations. Néanmoins, la clause retrouve son efficacité si le débiteur ne s'exécute pas selon les nouvelles conditions négociées ou imposées dans le cadre des modalités de la procédure mise en place* »²¹⁸. Toutefois, si l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur permet la suspension des actions en résolution de contrat

²¹⁴ CA Dijon, 10 Avril 2014, n° 13/00777 : LEDEN juillet 2014, p. 6, n° 110, obs. F. KENDERIAN.

²¹⁵ CA Montpellier, 8 janvier. 2015, n° 13/07743.

²¹⁶ F. KENDERIAN, « Bail commercial : encore le jeu de la clause résolutoire pour des manquements postérieurs au jugement d'ouverture ! » *EDED*, Mars 2015, n° 03, p. 3.

²¹⁷ J. PRIGENT, « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective sur l'acquisition de la clause résolutoire », *Lexbase Hebdo* n°328 éd. priv. générale réf. Cass. com. 28 oc. 2008 n°07-17.662.

²¹⁸ N. FRASSON, *Les clauses mettent fin au contrat*, Thèse Jean-Moulin, Lyon III, n° 652, p.218

pour défaut de paiement, elle n'interdit pas la constatation d'une résiliation conventionnelle déjà intervenue²¹⁹.

L'objectif visé par la clause résolutoire, qui est d'obtenir il faut le rappeler, la résiliation rapide du bail commercial, n'est pas atteint. Cette automaticité ne se vérifie pas toujours sur le plan pratique. De même, en France par exemple, compte tenu de l'évolution législative et jurisprudentielle qui s'est produite en la matière, la clause résolutoire a perdu tout caractère automatique, et ne peut devenir efficace, le cas échéant, qu'après une action contentieuse du bailleur pour faire constater qu'elle a produit ses effets ; de sorte que la résiliation de plein droit n'a plus, aujourd'hui, un fonctionnement très éloigné de celui de la résiliation judiciaire²²⁰. Dans la même lancée, cette automaticité est critiquable dans le domaine tel que celui du contrat bail d'habitation où la rupture est plus douloureusement ressentie. Ce n'est pas non plus une manière d'encourager ni l'inexécution du débiteur, ni sa mauvaise foi. Mais du fait de cette automaticité de la clause résolutoire insérée dans un bail, il faut relever qu'une famille entière pourrait se retrouver à la rue.

Dans le souci de contrecarrer l'automaticité de la clause résolutoire, le législateur s'efforce aussi de protéger le débiteur et le tiers qui pourraient souffrir injustement de l'automatisme qu'engendre le jeu de la clause résolutoire. Et l'on constate que quelle que soit la solution adoptée, l'intervention du législateur s'explique toujours par le désir d'éviter la rupture brutale du contrat²²¹. Cette intervention du législateur a pour effet de tempérer la rigueur de ces clauses résolutoires, ceci très souvent au moyen de la suspension momentanée du jeu de cette clause.

94. Théoriquement et pratiquement, l'automaticité de l'acquisition de la clause résolutoire présente des revers qu'il convient de ne pas négliger. L'automaticité de la

²¹⁹ Cass. com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-17662.

²²⁰ Voir en ce sens, J. DERRUPPE, *Les baux commerciaux*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e ed. 1996, pp. 41-42 ; F. AUQUE, *Les baux commerciaux, Théorie et pratique*, LGDJ, 1996, n° 176, p. 193

²²¹ J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD.civ.* 1957, p. 458.

clause résolutoire est manifestement artificielle. Ces revers devraient conduire à imposer systématiquement l'obligation pour tout type de clause résolutoire d'être précédée d'une mise en demeure. En effet, la mise en demeure viendra tempérer cette automaticité en offrant au débiteur défaillant un temps raisonnable pour s'affranchir de son obligation. Ce qu'il faut par-là souligner, c'est qu'il est déplorable que certaines clauses résolutoires dites de « *plein droit* » aient vocation à entrer en vigueur sans mise en demeure et de façon, non seulement automatique après la défaillance du débiteur, mais également en dehors de l'intervention du juge. La systématisation de la nécessité de la mise en demeure dans toutes les clauses résolutoires viendrait réduire de manière considérable les ravages opérés par l'automaticité de l'acquisition de la clause résolutoire

PII- L'éviction du juge du fait du caractère comminatoire de la clause résolutoire

95. Une définition du caractère comminatoire de la clause résolutoire est indispensable pour sa compréhension. En effet, selon le Vocabulaire juridique Cornu, et pris de façon générale, le caractère comminatoire « *se dit d'un acte juridique (contrat, clause, stipulation) ou d'une décision de justice qui, indépendamment de l'effet immédiat qu'il produit, contient la menace d'une sanction civile, pénale ou disciplinaire en cas d'inexécution d'une obligation, ou en cas de contravention à la loi ou à un ordre donné par le juge* »²²². La clause résolutoire fait partie de la catégorie de clauses contractuelles dotées de ce caractère comminatoire. En effet, la dépendance entre l'inexécution du débiteur et la résolution du contrat confirme ce caractère. Ce caractère comminatoire de la clause résolutoire fait planer le risque de résolution du contrat comme une sorte d' « *épée de Damoclès* » sur la tête du débiteur, ce qui constitue pour ce dernier une véritable menace. Il ne fait donc plus de doute que l'une des finalités de la clause résolutoire consiste précisément à faire de la résolution une menace incitant à l'exécution du contrat²²³.

²²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 8^{ème} éd novembre 2009, v° comminatoire p. 177.

²²³ CH. PAULIN, *Clause résolutoire*, pref Devèze LGDJ 1996, n° 137, p.150.

Ce qui sera démontré dans cette partie, c'est que le caractère comminatoire de la clause résolutoire contribue, par la crainte qu'a le débiteur de l'éventuelle résolution du contrat, à l'exécution fidèle de ses prestations. Par la même occasion, ce caractère permet de mettre de côté toute possibilité d'intervention du juge. Autrement dit, l'exécution fidèle par le débiteur du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire est une source de satisfaction pour le créancier, de même qu'un procédé d'évitement de toute incursion judiciaire dans la clause résolutoire.

Pour ce faire, il sera présenté dans une partie la notion de caractère comminatoire de la clause résolutoire (A), et dans une deuxième partie l'évaluation de la réelle portée de ce caractère sur les pouvoirs du juge (B).

A- Le sens du caractère comminatoire de la clause résolutoire

96. La clause résolutoire est en effet rangée au nombre des stipulations qui permettent aux parties, désireuses de prévoir l'avenir, de se prémunir contre les événements de nature à modifier l'équilibre contractuel. Elle constitue une illustration remarquable de la tendance générale des contractants à substituer aux règles légales des règles conventionnelles aménagées par la pratique²²⁴. De même, par son caractère comminatoire, la clause résolutoire assure la discipline contractuelle. Pour mieux cerner les contours de ce caractère, il convient d'en faire une revue historique (1) avant de présenter les déviations dont elle fait actuellement objet (2).

1- La reconnaissance traditionnelle du caractère comminatoire de la clause résolutoire

97. Dès son apparition, la clause résolutoire a été revêtue du caractère comminatoire, et de nos jours encore, on peut observer les manifestations de ce caractère. Une telle stipulation existait déjà en droit romain²²⁵. Dans un arrêt dit

²²⁴ J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *op cit*, p. 458.

²²⁵ Ces stipulations avaient le nom de « *lex commissoria* » et permettaient dans le contrat de vente de sanctionner la défaillance de l'acheteur de payer le prix.

fondateur de la clause résolutoire, la Cour de cassation décidait qu' « *il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'on faite; que les tribunaux ne peuvent pas la changer et qu'ils se bornent à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties* »²²⁶. L'on constate que l'attendu principal de cette décision contient en germe presque tous les principes généraux gouvernant les clauses résolutoires, et précisément le caractère comminatoire qui est attaché à cette clause. Pareillement, il est clair que l'utilité première de la clause résolutoire a toujours tenu dans sa force dissuasive. Elle a toujours été considérée comme une pénalité destinée à inciter le contractant à s'exécuter diligemment, bien plus la clause résolutoire est conçue comme une sanction dont la crainte suffira à assurer la bonne exécution du contrat²²⁷. C'est dans le même sens que M. BORRICAND affirmait que la clause résolutoire « *Joue un rôle préventif analogue à l'astreinte, la menace de la sanction joue un rôle psychologique sur la personne du débiteur et assure indirectement l'exécution du contrat* »²²⁸. La certitude de la possibilité d'une résolution crée une réelle pression sur le débiteur.

Plus tard, l'avènement du Code civil viendra confirmer cela. L'on remarque en effet que malgré le principe de la résolution consacré par le législateur, il fut admis que la clause résolutoire revêtue de son caractère comminatoire devait recevoir son plein effet. Il fut tiré argument du caractère supplétif de l'article 1184 du Code civil.

Véritable moyen de pression, de contrainte, la clause résolutoire représente au travers de son caractère comminatoire une garantie très efficace à l'exécution du contrat.

²²⁶ Cour de cassation, 2 juillet 1860, D 1860 I. 284.

²²⁷ C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence » *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la Dir C. JAMIN et D. MAZEAUD, Economica, 1999, n° 13 p.80.

²²⁸ J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *op.cit.* n° 9.

Compte tenu des avantages que le caractère comminatoire de cette présente pour le créancier, on ne peut s'étonner de son extension de nos jours. Le caractère comminatoire de la clause résolutoire peut entraîner plusieurs conséquences. Elles peuvent tantôt être d'ordre pécuniaire, professionnel et même familiale. En effet, l'intérêt du caractère comminatoire de la clause résolutoire réside aussi dans le fait qu'en présence d'un contrat de vente, ce caractère aboutit au paiement par le débiteur de la somme due. L'importance de l'intimidation dépendra avant tout de l'intérêt que le débiteur attache au bien transféré par la convention. Par le biais de la clause résolutoire, il peut être mis fin à un contrat auquel le débiteur attache une importance particulière. Dans ces conditions, le débiteur est totalement soumis au créancier et la moindre défaillance prévue par la clause résolutoire le met dans une situation extrêmement délicate. Au final, on peut, sans risque d'erreur, affirmer que la menace de résolution d'une convention assurant la subsistance ou le logement du débiteur a une valeur coercitive certaine.

Le caractère comminatoire, la clause résolutoire joue un rôle identique à celui de l'astreinte et de la clause pénale. L'astreinte constitue, à titre d'exemple, un procédé de contrainte qui « *consiste à faire peser sur le débiteur une condamnation plus lourde que la condamnation à l'exécution directe de son obligation, afin d'exercer une pression sur la volonté rebelle, et de lui faire accepter comme un moindre mal l'exécution de cette obligation* »²²⁹. La menace que font peser de telles stipulations sur le débiteur est certaine, car celui-ci sait alors que sa défaillance entraînera de plein droit la destruction rétroactive du contrat, sans qu'il puisse compter sur une intervention judiciaire bienveillante.

Il faut, en résumé, souligner que le débiteur, conscient de ce que le juge est ainsi mis à l'écart et ne pourra pas le protéger en cas de défaillance, « *est tenu en haleine et incité à exécuter complètement et ponctuellement ses obligations* »²³⁰. Au même titre, que la clause pénale, la clause résolutoire constitue donc un moyen de pression et « *une*

²²⁹ P. KAYSER, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *RTD.civ.* 1953, p 243, n° 28.

²³⁰ J. BORRICAND, *op.cit.*, n°9, p. 438.

garantie très efficace de l'exécution du contrat »²³¹. Cependant, tous ces avantages que représente le caractère comminatoire de la clause résolutoire ne doivent pas nous faire perdre de vue le fait que lorsque ce caractère atteint un certain paroxysme, ce sont les droits du débiteur qui s'en trouvent menacés et bafoués.

2- Les déviances du caractère comminatoire de la clause résolutoire

98. Le caractère comminatoire de la clause résolutoire a débouché sur plusieurs bavures qu'il convient d'analyser. Il faut dire que de façon prise globale, l'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat a souvent pour conséquence de rompre l'égalité qu'assure l'article 1184 entre les contractants, le juge n'est plus arbitre de la résolution, la sanction est laissée à la discrétion du créancier et par ceci, « *la clause résolutoire constitue un acte de justice privé* »²³², elle supprime la protection que représente pour le débiteur le mécanisme de la résolution judiciaire. Précisément, par le truchement de son caractère comminatoire, la « *psychose de l'inexécution* »²³³ avait fatalement conduit sur un véritable « *terrorisme contractuel* »²³⁴. Ce qu'on peut déplorer, c'est que les victimes sont des débiteurs négligents, imprudents et aveuglés par des propositions de contrat apparemment alléchants. Dans la même lancée, ce caractère comminatoire consolide davantage le déséquilibre qui existe entre les parties au contrat. Ce déséquilibre est renforcé en ce sens que le créancier abuse très souvent de ce caractère pour utiliser de façon dévoyée la clause résolutoire, et imposer ses propres objectifs pour le contrat au débiteur. Pareilles pratiques sont critiquables dans la mesure où elles créent une « *tyrannie* » sur le débiteur.

L'on est sans ignorer que la justice privée est étroitement liée à la violence, à l'arbitraire et aux déviances nombreuses. À ce sujet, « *toutes garanties et les protections inhérentes à la justice publique sont, en effet, écartées au profit de la satisfaction d'un*

²³¹ *Ibid.*

²³² Paris 6^e ch. A, 19 juin 1990, *D.* 1991, 515-518, note Y. PICOD.

²³³ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Préf C. CHABAS, LGDJ 1992, n°109, p.67.

²³⁴ *Ibid.*

créancier peu scrupuleux dans les moyens mis en œuvre pour faire valoir ses droits »²³⁵. Certains auteurs iront même plus loin en concluant que « *Les clauses résolutoires de plein droit ne jouent, en effet, un rôle comminatoire que parce qu'elles privent le débiteur de la garantie d'une intercession judiciaire* »²³⁶. Le caractère comminatoire de la clause résolutoire conduit très souvent aussi à ruiner les deux principes qui sont à la base du caractère contraignant des conventions : la stabilité et la justice contractuelle. Pour s'arrêter sur la rupture de la justice contractuelle, il convient de noter que le respect scrupuleux de la justice contractuelle voudrait que les parties égales ayant inséré une clause résolutoire dans leur contrat ne doivent s'attendre qu'à ce qu'elles ont voulu. Le caractère comminatoire de la clause résolutoire crée une pression supérieure sur le débiteur, ce qui est une source d'injustice.

Pour conclure sur ce point, il convient de relever que le caractère comminatoire de la clause résolutoire, bien qu'elle ait pour finalité d'assurer l'exécution du contrat par le débiteur, la pratique montre que certains contractants véreux utilisent plutôt ce caractère pour d'autres buts. Ces déviations contribuent à remettre en cause l'efficacité de ce caractère. Il importe à présent de tabler sur la réelle portée du caractère comminatoire de la clause résolutoire à l'égard du juge.

B- La portée du caractère comminatoire de la clause résolutoire à l'égard du juge

99. Moyen de pression privée offensif, la clause résolutoire a pour finalité d'intimider le débiteur, afin de l'inciter à exécuter correctement les obligations d'origine contractuelles auxquelles il est tenu. Cette clause, par son caractère comminatoire, a une réelle portée sur les pouvoirs du juge. Contrairement à la résolution judiciaire, le caractère comminatoire de la clause résolutoire assure par la pression qu'elle exerce sur le débiteur, l'exécution fidèle de l'obligation.

²³⁵ D. MAZEAUD, *op.cit.* n°113, p.68.

²³⁶ F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Défrénois*, 30 janvier 1993, n°3, p.2.

Le caractère comminatoire de la clause résolutoire contribue efficacement à l'exécution de l'obligation par le débiteur et à l'éviction du juge de la clause résolutoire. Dans ces conditions, le créancier s'évertue toujours en présence d'une clause résolutoire à mettre un accent particulier sur le caractère comminatoire. Par ceci, il donne plus d'efficacité à la menace de résolution, et par ricochet, amenuise toute présence du juge. Il est évident que la coercition à l'égard du débiteur se fait plus forte par rapport à la résolution judiciaire classique²³⁷.

100. Cependant compte tenu de la réalité de la pratique de la clause résolutoire, plusieurs attaques ont été menées sur plusieurs fronts contre l'efficacité du caractère comminatoire de la clause résolutoire. La disparition du caractère comminatoire de la clause résolutoire est attachée aux multiples inexécutions par le débiteur des contrats dans lesquels était insérée une clause résolutoire. Ce constat pourrait faire croire en l'ineffectivité de la force attachée au caractère comminatoire à pouvoir assurer le respect et l'exécution des prévisions contractuelles par le débiteur. Une telle analyse nous semble être le fruit d'une interprétation inexacte de l'efficacité du caractère comminatoire de la clause résolutoire. Il ne fait point de doute que le caractère comminatoire de la clause résolutoire constitue un aspect essentiel qui assure efficacement le respect des prévisions contractuelles par le débiteur. Il est aussi important de s'arrêter un temps sur le fait que le juge est tenu de respecter ce qu'ont voulu les parties dès la formation de la clause résolutoire. Car, en effet, la clause résolutoire a une force obligatoire certaine à l'égard du juge.

²³⁷ PH. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques de droit civil*, Thèse Paris 1966, p.173.

Conclusion du Chapitre II

101. Pour conclure ce chapitre, il faut se rappeler que l'on s'est posé la question de savoir comment la source de la clause résolutoire pouvait restreindre les pouvoirs du juge sur cette clause. Il convient de dire que la clause résolutoire, qui est un accord ayant sa source dans la volonté des parties, a pour objectif de gérer les conséquences de l'inexécution de façon amiable et en dehors de toute intervention du juge. Cette particularité de la clause résolutoire entraîne donc l'anéantissement des pouvoirs du juge qui ne devrait plus avoir de mainmise sur cette clause. Il convient au final de dire que, cette nature d'accord de volonté de la clause résolutoire permet par la même occasion de contourner les inconvénients de la résolution judiciaire.

102. Il a de même été vu plus haut que, les caractères de la clause résolutoire insufflent au juge l'attitude qu'il doit avoir face à cette clause en cas d'inexécution du débiteur de ses obligations. Quel que soit donc le contrat où la clause résolutoire est insérée, du seul fait de son caractère comminatoire et automatique, la décision du titulaire du droit suffit à entraîner la résolution. Il n'appartient pas au juge de la prononcer.

103. Une fois donc présenté, l'influence de la source et des caractères de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge, il devient possible de cerner la réelle portée de la mise en œuvre de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge.

Conclusion du titre I

104. Somme toute, il faut noter que la question de l'aménagement des pouvoirs du juge dès la formation de la clause résolutoire est une question qui n'est pas épuisée. Il ressort de cette démonstration deux points. Premièrement, l'insertion d'une clause résolutoire dans un contrat résulte exclusivement de la conjonction de la volonté de chacun des contractants et a pour objectif de réduire les pouvoirs du juge. Corrélativement, plusieurs clauses assurent cette même fonction. Ainsi, comme toute clause contractuelle, l'élaboration de la clause résolutoire est gouvernée par le principe de la liberté contractuelle. C'est dans ce sens que la Cour commune de justice et d'arbitrage valide la clause souscrite dans un contrat de crédit-bail par la BIBI BAIL S.A et par la pharmacie avec son gérant²³⁸. Par ceci, cette Cour réaffirme un principe cardinal du droit des contrats: le principe de la liberté contractuelle²³⁹. Ceci dit, dès l'insertion de la clause résolutoire dans le contrat, les parties précisent le but qu'elles recherchent, à savoir réduire les pouvoirs du juge relativement à l'appréciation des conséquences de l'inexécution de leur contrat. Il a été alors possible de mettre en évidence les traits caractéristiques de la clause qui, dès le stade de sa formation, illustrent sa spécificité.

105. Dans un deuxième temps, il a été démontré que la nature donnée par les parties à la clause résolutoire dès sa conception entraîne des conséquences considérables sur l'office du juge. Le juge se trouve quelque peu « *emprisonné* » par la nature de la clause résolutoire, sa mission se limitant à vérifier qu'une inexécution sanctionnée par la clause résolutoire a eu lieu, et que les conditions de sa mise en œuvre ont été respectées.

106. En somme, si dès la formation de la clause résolutoire, les parties disposent d'énormes pouvoirs pour donner à leur clause les conséquences qu'elles souhaiteraient

²³⁸ CH. GAMALEU KAMENI, obs sous arrêt de la CCJA du 28 février 2008, *Revue de l'ERSUMA*, n° 3 septembre 2013, p.269.

voir, ces mêmes parties utilisent aussi d'autres méthodes pour continuer à évincer le juge de l'appréciation de la mise en œuvre de leur clause. L'analyse de ces méthodes constituera la prochaine étape de ce travail. Une telle entreprise ne pourra être complète, que si l'on s'intéresse également à la question de savoir comment est-ce que dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, les parties peuvent aménager les pouvoirs du juge.

²³⁹ CCJA, arrêt du 28 février 2008.

**TITRE II : LE CONTOURNEMENT RECHERCHÉ DU JUGE DANS
LE MÉCANISME DE LA CLAUSE RESOLUTOIRE**

107. Distincte par sa nature de l'article 1184 du Code civil camerounais, la clause résolutoire s'en distingue également par son mécanisme. Pendant que dans le mécanisme de résolution judiciaire, la relation entre l'inexécution et la résolution s'effectue par le juge. La loi donne à ce dernier le pouvoir de prononcer la résolution. La mise en œuvre de la clause résolutoire est en effet le bastion de la résistance des parties à toute intervention judiciaire, en vue d'une éventuelle appréciation. La nature de la clause résolutoire commande que la résolution pour inexécution soit réalisée conformément à une méthode précise, le juge ne prononçant pas la résolution du contrat. De même, il faut noter que, contrairement au contractant bénéficiaire d'une clause résolutoire, le bénéficiaire de la résolution judiciaire ne devient pas titulaire d'un droit de résolution lorsque survient l'inexécution du débiteur. Il jouit seulement du droit d'agir en justice.

108. La pratique contractuelle démontre que face à toute éventuelle incursion du juge dans la clause résolutoire, les parties ne sont pas sans armes. Elles peuvent, en effet, dans la mise en œuvre de la clause résolutoire contrôler toute intervention du juge. Ce contrôle du pouvoir judiciaire passe souvent par le contrôle de la qualification et l'interprétation de la clause résolutoire par le juge. Il faut dire que c'est très souvent sous le prétexte de ces deux procédés que le juge dénature la clause résolutoire. L'on perçoit donc l'intérêt que peut avoir les parties à encadrer l'office du juge en ces domaines en ce sens que le résultat de cet encadrement modifie en améliorant la condition des parties²⁴⁰. C'est l'une des raisons pour lesquelles les parties et le législateur usent généralement de plusieurs méthodes en recherchant le contrôle des pouvoirs du juge dans l'hypothèse de l'inexécution du contrat (Chapitre II). Pareillement, certaines techniques contractuelles n'ont de raison d'être que de contrôler l'appréciation judiciaire par la clause résolutoire (Chapitre I).

²⁴⁰ J. FOMETEU, « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », *Cahiers Juridiques et Politiques*, n°1 2008, p. 137.

**CHAPITRE I : LA RECHERCHE DU CONTRÔLE DE
L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE**

109. Les contractants font usage d'une pléthore de techniques pour contrer toute éventuelle incursion du juge dans leur convention. Ces techniques consistent dans un « ensemble de procédés destinés à assurer l'application du droit de la manière la plus rapide et la plus complète »²⁴¹. Ces techniques ont pour finalité de produire l'effet que les parties attendent²⁴². L'on peut par exemple remarquer que la question du sens à donner à une convention lors d'une difficulté d'interprétation est capitale pour la suite du litige. De même, la sanction que le juge peut prendre en présence d'un contrat renfermant une clause résolutoire est capitale pour « *la vie ou la mort* » de ce contrat.

Ces réalités permettent de cerner avec précision l'importance du rôle que peut jouer le juge en matière contractuelle. Le juge intervient pour interpréter, « *mieux dire* » ce que les parties ont « *mal dit* ». Il détermine la commune intention des parties lorsque celle-ci n'est pas claire²⁴³. Dans la résolution judiciaire, le juge a plein pouvoir pour sanctionner le contractant défaillant. C'est à lui qu'il revient de déterminer si une sanction mérite d'être prononcée, et dans l'affirmative, de choisir la sanction appropriée.

110. L'on perçoit rapidement l'intérêt que peuvent avoir les parties à encadrer l'office du juge dans ces domaines où le juge semble détenir plusieurs pouvoirs. Il devient nécessaire pour les parties ayant inséré une clause résolutoire dans leur contrat d'encadrer aussi bien l'interprétation judiciaire (Section II), que la qualification du juge (Section I).

SECTION I- La recherche du contrôle de la qualification judiciaire de la clause résolutoire

111. Il est devenu classique de souligner combien la clause résolutoire offre aux parties le moyen de contourner les inconvénients de l'article 1184 du Code civil camerounais²⁴⁴. Le principal intérêt de cette clause étant de permettre la résolution

²⁴¹ E. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, t. 1, 1^{re} éd., Plon, LGDJ, 1917, p. 717.

²⁴² Le Robert, v^o Efficacité. Sur la distinction entre effectivité et efficacité.

²⁴³ Ph. SIMLER, *J-Cl. Civ.* art. 1156 à 1164, fasc. 10, *Interprétation des contrats*, 2001, n^o 18-20.

²⁴⁴ Notamment les lourdeurs et les coûts d'une procédure judiciaire.

sans qu'il soit nécessaire de la demander au juge et sans que celui-ci, s'il est saisi, ne dispose d'un pouvoir d'appréciation. La clause résolutoire réduit considérablement les pouvoirs dont peut faire usage le juge en présence d'une résolution. Les pouvoirs du juge sont neutralisés, contrôlés, et au plus, évincés par les parties dans une clause résolutoire. À titre illustratif, l'on peut noter que les pouvoirs dont dispose le juge dans une résolution judiciaire du contrat sont sans application en présence d'une clause résolutoire.

112. Les parties disposent de plusieurs procédés pour amenuiser les pouvoirs du juge. Dans cette partie un accent particulier sera mis sur la réaction du juge face à la qualification que les parties pourraient donner à une clause (PII). Mais, l'on ne saurait perdre de vue le fait que le juge n'est toujours pas insensible à cette attitude des parties (PI).

PI- Le choix de la qualification de la clause résolutoire par les parties

113. La question du pouvoir de qualification et de requalification du juge n'est pas nouvelle²⁴⁵. Il faut entendre par qualification tout « *procédé intellectuel consistant à rattacher un cas concret à un concept juridique abstrait reconnu par une autorité normative afin de lui appliquer son régime* »²⁴⁶. Bien plus, pour le *Vocabulaire juridique* CORNU, la qualification est une « *opération intellectuelle d'analyse juridique, un outil essentiel dans la pensée juridique consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de*

²⁴⁵ Sur la qualification v. par ex. : F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ 1957 ; R. PERROT, *L'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, paris, Sirey, 1947, n° 126 et s. ; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse université de Nancy 2 ; J. NORMAND, *Principes directeurs du procès, office du juge*, Jurisclasseur de procédure civile, fasc. 151. ; C. POULIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification contractuelle », in *Revue juridique de L'ouest*, 2000-4, pp. 409-439.

²⁴⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^eéd, LGDJ, 2001, n° 56, p.77.

rattachement »²⁴⁷. La clause résolutoire, dans sa rédaction, peut souvent créer des zones d'ombre quant au sens exact à lui donner. Ceci constitue une véritable brèche pour le juge saisi en cas d'inexécution d'un contrat. Ce dernier peut en effet, contrairement à ce qu'avaient prévu les parties, dénier l'appellation de clause résolutoire à la clause des parties, en raison de l'ambiguïté de sa rédaction. La qualification du juge est une opération fondamentale, puisque de son résultat, dépendra le régime juridique applicable à la clause résolutoire²⁴⁸. Le juge est « *maître des qualifications* » ; cette expression dénie, en principe, toute compétence décisive des parties en matière de qualification²⁴⁹. Cependant, la pratique a démontré que toute « *influence de la volonté individuelle sur la qualification* »²⁵⁰ n'est pas toujours interdite. Très souvent, les parties orientent la qualification du juge (A), cette orientation a sans doute des conséquences considérables sur la qualification que le juge peut donner à la clause résolutoire (B).

A- L'orientation de la qualification du juge par les parties

114. La créature contractuelle est née de la volonté des parties. Ainsi, conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties ne devraient-elles pas être à mesure de déterminer la nature de leur convention ? Les parties ne devraient-elles pas, elles-mêmes, déterminer le régime juridique de la clause résolutoire ? L'on est sans ignorer que la qualification est le bastion de la présence du juge, bien plus, le « *fief* » de ce dernier. Mais il demeure que « *l'on n'est jamais mieux servi que par soi-même* », disait un dicton. Dans ce sens, les parties à un contrat peuvent, par une clause de qualification, prévoir spécifiquement la qualification de leur clause, plutôt que de laisser cela entre les mains du juge dont la décision ne peut être prévue à l'avance²⁵¹. Pour que la qualification de la clause résolutoire faite par les parties puisse s'appliquer au juge,

²⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF 2014, v° Qualification.

²⁴⁸ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*. PUAM 2006, n°25.

²⁴⁹Ibid.

²⁵⁰ F.TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Bibl. drt. privé, t II, LGDJ, 1957.

²⁵¹ P. FRECHETTE, *La qualification du contrat*, Mémoire Université de Montréal Août 2007, p. 48.

elle est soumise à certaines conditions sur lesquelles il convient de s'arrêter (1), avant d'identifier le domaine dans lequel la liaison de la qualification du juge par les parties peut intervenir (2).

1-Les conditions de l'acceptation de la qualification des parties par le juge

115. L'application servile du principe de la liberté contractuelle conduirait à dire que les parties peuvent donner une nature spécifique à leur contrat en incluant une clause à cet effet. Mais l'on peut se demander si le juge doit automatiquement s'incliner devant cette volonté exprimée par les parties ? En effet, l'on constate que généralement, la qualification d'un contrat dépend de la volonté du juge, et il a même été dit que la qualification ne dépend jamais des volontés de ceux qui ont contribué à la formation du contrat ou son exécution²⁵².

116. La clause de qualification qui est un terme générique regroupant en elle-même plusieurs autres clauses telle la clause de définition, doit déterminer de façon spécifique « *l'étiquette* » à coller sur les clauses du contrat. S'agissant de la clause résolutoire, par exemple, son libellé ne doit faire l'objet d'aucune ambiguïté. La rédaction claire de la clause résolutoire s'impose afin de ne laisser aucun doute au juge et aux parties elles-mêmes sur la nature de cette clause. Si, par exemple, les parties désirent vraiment lier le juge relativement à la qualification qu'il doit donner à leur contrat, elles doivent, d'un commun accord, formaliser cette volonté en ayant recours à un accord exprès sur la qualification²⁵³. Pour M. Nicolas GRAS, l'utilisation des clauses de qualification permet aux parties d'imprégner leur volonté au juge. Il déclare dans ce sens que « *Le jeu d'influence des parties sur une éventuelle requalification passe le plus souvent par l'insertion d'une clause de qualification* », et va plus loin en soulignant qu'il appartient donc aux parties « *de faire ressortir avec une acuité particulière les*

²⁵² A. SERIAUX, *Contrats civils*, Paris, Presse Universitaire de France, 2001, p. 16.

²⁵³ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, *op.cit.*, n°91.

éléments justifiant la qualification retenue »²⁵⁴. Il faut noter qu'une clause de qualification n'a pas pour finalité d'anéantir tout pouvoir du juge sur la qualification donnée, par exemple, à la clause résolutoire ; elle exerce, néanmoins, une certaine influence sur l'appréciation du juge. Ainsi, lorsque le juge est saisi pour constater l'acquisition d'une clause résolutoire, si la formulation de cette dernière pose problème, il doit la qualifier. Concernant le juge saisi pour constater l'acquisition de la clause résolutoire, s'il s'agit du juge des référés, et qu'il est indispensable de qualifier la clause en question, ce juge doit surseoir à statuer et renvoyer les parties devant le juge du fond, parce que la qualification d'une clause est une question de fond qui ne ressort pas de la compétence du juge des référés. Le juge compétent qui qualifie donc la clause résolutoire doit, dans un premier temps, se rassurer que le contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire ne comporte pas de clause de qualification. Car en effet, l'expression de la volonté des parties au travers d'une clause de qualification représente « *une présomption en faveur de la qualification formellement énoncée qui sera retenue à défaut de preuves établies ou indices contraires* »²⁵⁵. Dans un deuxième temps, seule une rédaction ambiguë de la clause résolutoire octroie un pouvoir de requalification au juge. La Cour de cassation française qualifie, dans ce sens, d'équivoque la clause résolutoire prévoyant qu'à « *défaut de paiement d'un seul terme d'une rente à son échéance et trente jours après simple commandement contenant déclaration par le crédit rentier de son intention de se prévaloir du bénéfice de la présente clause, et restée sans effet, celui-ci aura le droit, si bon lui semble, de faire prononcer la résiliation de la vente* »²⁵⁶. Cet arrêt de la Cour de cassation vient à point nommé préciser la manière dont la clause résolutoire doit être rédigée pour parer à toute éventuelle intervention du juge. Pour donc écarter le pouvoir de requalification du juge, les parties doivent rédiger minutieusement et clairement la clause résolutoire.

²⁵⁴ N. GRAS, *op.cit.*, n° 223.

²⁵⁵ A. BAC, « De la construction du contrat à qualification par le juge », *JCP.E.* 10 mai 2001, n°19, 790.

²⁵⁶ Cass. civ. 3e, 7 décembre 1988, *Bull.civ.* III, n° 176, p. 96.

117. Les parties doivent toutefois faire usage des clauses de qualification avec modération, parce que ces clauses ne lient pas complètement les pouvoirs du juge sur le sens à donner, par exemple, à une clause résolutoire. Car, il faut noter que très souvent, l'on constate que les parties en abusent. La pratique démontre, par exemple, que ces parties rédigent sciemment de manière ambiguë une clause résolutoire tout en insérant dans un contrat une clause de qualification qui précise l' « *étiquette* » à coller à une clause. Ce procédé ne lie pas le juge, car comme pouvait le noter M. JOSSERAND, « *il ne saurait dépendre des contractants de changer la nature d'un acte, d'en fausser l'individualité en l'affublant d'un nom qui ne lui convient pas ; une erreur d'étiquette ne modifie pas le contenu du flacon* »²⁵⁷ .

118. Au final, les parties peuvent orienter la qualification judiciaire de la clause résolutoire. Car, nier la toute-puissance de la volonté en matière de qualification, ce n'est en aucun cas exclure *ipso facto* son influence en ce domaine²⁵⁸. Mais, il demeure que pour prévenir en amont ce pouvoir de requalification du juge, les parties doivent se rassurer de la clarté et de la précision de la rédaction de la clause résolutoire.

2- Le domaine de l'orientation de la qualification des parties sur les pouvoirs du juge.

119. Les parties à un contrat disposent du pouvoir d'orienter et ainsi d'exercer une réelle emprise sur la qualification que le juge doit donner à chaque clause de leur contrat. Cependant, cette orientation que les parties donnent au juge doit se réaliser dans un domaine particulier. Aussi conviendra-t-il d'examiner davantage ce domaine, afin de prendre l'exacte mesure du champ d'application de la faculté des parties de lier le juge sur la qualification de leur contrat.

120. L'article 12 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile français dispose en effet que « *toutefois, le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement*

²⁵⁷ L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz 1928, p. 409.

²⁵⁸ C. POLIQUEN, « Le rôle de la volonté en matière de qualification du contrat », *Revue Juridique de l'ouest*, 2000-4, n°6, p.12.

juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droits auxquels elles entendent limiter le débat ». Ce texte, véritable fondement du pouvoir des parties de lier le juge quant à la qualification de leur contrat, vient contredire ouvertement la présentation traditionnelle du juge comme le maître des qualifications. Pour revenir au contenu de ce texte, il faut noter que l'orientation que donnent les parties au juge, relativement à la qualification, est encadrée dans un domaine particulier. Car selon les termes du précédent article, les parties peuvent lier le juge sur les qualifications, dès lors que cette liaison porte premièrement sur un accord exprès et deuxièmement sur les droits dont elles ont la libre disposition. Ces deux conditions sont donc indispensables pour que les parties puissent lier le juge relativement à une qualification.

Les parties ne peuvent lier la qualification du juge sur des matières dont elles n'ont pas la libre disposition. Cette condition est également applicable à la clause résolutoire. Il faut en effet dire que la clause de qualification précisant la qualification exacte à donner à une clause résolutoire ne saurait par exemple heurter l'ordre public²⁵⁹. Peu importe en effet que la règle d'ordre public en cause concerne l'ordre public substantiel ou procédural²⁶⁰. De même, doivent être exclues, les clauses de qualifications tendant à lier le juge en matière d'état des personnes, matière traditionnellement qualifiée d'indisponible²⁶¹. L'on comprend que la liberté des parties d'orienter la qualification judiciaire de leur contrat est véritablement encadrée. Cependant, il convient d'apporter une nuance. Les parties peuvent très bien avoir la libre disposition d'un droit sans avoir la libre disposition du litige même²⁶². Pour le dire autrement, la disposition

²⁵⁹ C. PARODI, « L'esprit général de l'innovation du nouveau code de procédure civile », *Défrénois* 1976, p. 753. ; B. MERCADAL, « Regards sur le droit des transports », in *Etudes offerte à R. RODIERE*, Dalloz 2001, pp. 428 et 429.

²⁶⁰ M. LAMOUREUX. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, op. cit., n° 99.

²⁶¹ CA. Paris, 15 mars 1994, *D.* 1994, IR, 121 ; TGI Tours, 22 mars 1974, *JCP éd. G* 1974, IV, 6552.

²⁶² J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier par les qualifications et points de droit », in *Mélanges Paul DIDIER*, Economica 2008, p. 579.

du fond n'entraîne pas indubitablement la disposition de la procédure, car le fond peut être d'ordre privé, mais la procédure, elle, est d'ordre public²⁶³. Dès lors que les parties s'entendent pour retenir une qualification ne portant pas sur les droits indisponibles, elles n'ont plus qu'à exprimer expressément leur accord.

L'autre condition à laquelle l'article 12 alinéa 3 soumet l'orientation de la qualification du juge par les parties est celle du caractère exprès de l'accord des parties portant sur la qualification. « *Le simple fait que les parties formulent un accord sur une qualification sans préciser qu'il s'impose au juge pourrait en effet être considéré comme ne démontrant pas suffisamment la volonté des parties de lier le juge* »²⁶⁴. L'accord des parties pour lier le juge sur une qualification doit être que la Cour de cassation décide dans ce sens qu'« *une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel, celles-ci peuvent, en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le juge* »²⁶⁵. À ces conditions prévues par le précédent article, la doctrine ajoute d'autres²⁶⁶. Il s'agit principalement de l'absence de contradiction avec les prétentions des parties, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles les qualifications sont impossibles. Selon certains auteurs²⁶⁷, « *la notion de juridiction contentieuse implique que la qualification retenue soit en contradiction avec les prétentions de l'un des plaideurs* »²⁶⁸. La qualification n'est donc envisageable que lorsque la solution du litige ne dépend pas uniquement de la qualification du contrat. La liaison de la qualification du juge par les parties est également encadrée dans un domaine temporel. L'on doit actuellement répondre à la question du moment à partir

²⁶³ J.VINCENT, « La procédure civile et l'ordre public », *Mélanges ROUBIER*, t. II, Dalloz Sirey 1961, p.303 et svt.

²⁶⁴ M. LAMOUREUX, *op. cit.* n° 99.

²⁶⁵ Civ. 3e, 10 oct. 1979, n° 77-15.737, *Bull. civ.* III, n° 175; *JCP* 1979. IV. 370 – Civ. 1re, 27 oct. 1992, n° 91-10.054, *Bull. civ.* I, n° 261 – Civ. 2e, 14 sept. 2006, n° 05-10.086, *Bull. civ.* II, n° 217.

²⁶⁶ L.CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in *Le conventionnel et juridictionnel dans le règlement des différends*, Sous la direction de P. ANCEL et M-C. RIVIER, Economica, coll. études juridiques, 2001, p.34 et svt.

²⁶⁷ L.WEILLER, La liberté procédurale du cocontractant, pref. De J. MESTRE, PUAM, 2004, n° 285.

²⁶⁸ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, n°112.

duquel la liaison de la qualification du juge s'opère. Est-ce avant ou après la survenance de tout litige. Relativement à cette question, la doctrine est divisée. Un premier courant doctrinal considère que le recours à la liaison de la qualification du juge par les parties implique que le litige soit déjà né entre les parties : c'est l'opinion de M. GHESTIN, JAMIN et BILLIAU. Ces auteurs se fondent sur l'idée selon laquelle si les parties s'accordent avant tout litige, elles transigent sur un litige à venir. Or, « *faute d'être une transaction, la liaison du juge ne pourrait intervenir une fois le litige né* ». Ces auteurs affirment, en sus, que la transaction constitue la seule convention en droit civil permettant aux parties d'écarter des tribunaux des conventions à naître. L'accord sur la qualification, faute de concessions réciproques, ne relève pas d'une transaction. Ils refusent d'admettre qu'un tel accord puisse intervenir avant la survenance du litige. Pour un autre courant doctrinal, il est possible de recourir à un accord sur la qualification avant la survenance de tout litige. L'on souscrit d'ailleurs à ce courant, en raison du fait que l'article 12 alinéa 3 du nouveau Code de procédure civile ne précise pas le moment à partir duquel la liaison de la qualification du juge peut s'opérer ; la liaison peut donc intervenir avant la survenance du litige. Ceci permet par la même occasion aux parties de prévoir à l'avance dans un souci de sécurité juridique, la qualification que le juge devrait donner à leur contrat. Dans ce sens, M. CADIET précise qu' « *avant même la naissance du litige, les parties peuvent lier le juge par les qualifications* »²⁶⁹. Ceci dit, l'orientation de la qualification faite par les parties entraîne des conséquences non négligeables sur les pouvoirs du juge.

B- Les incidences de l'orientation de la qualification judiciaire

121. La qualification plus qu'un procédé est aussi un pouvoir attaché à la volonté des contractants. Car, selon le principe de l'autonomie de la volonté, les effets du contrat se réalisent non seulement, parce qu'ils ont été voulus, mais également comme ils ont

²⁶⁹ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Litec, 1998, n° 1136.

été voulus²⁷⁰. Il est de principe que la qualification du contrat, et par ricochet de la clause résolutoire, met à mal la toute-puissance de la volonté. La qualification est du ressort des pouvoirs du juge. Il lui appartient, en principe, en cas de litige, de coller l'étiquette requise sur un contrat ou sur une des clauses de ce contrat. Cependant, il est usuel de voir les parties prévoir à l'avance dans une clause de qualification, par exemple, la nature véritable de leur convention. La question, à laquelle une réponse sera donnée dans cette partie, est celle de savoir si la qualification expressément choisie et justifiée par les parties peut avoir une influence, bien plus une portée sur le pouvoir de requalification du juge ?

122. La requalification constitue en effet l'opération par laquelle le juge restitue à un acte ou un fait son exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée²⁷¹. Le constat est que le juge requalifie le contrat afin de le conformer à la réalité de la situation, et donc de faire appliquer le régime juridique propre à ce contrat. La requalification permet, ainsi, de donner au contrat la qualification exacte qui correspond le mieux avec son contenu et sa nature, et ce, sans tenir forcément compte de la dénomination initiale proposée par les parties²⁷². Au travers du pouvoir de requalification, le juge colle en effet une nouvelle étiquette sur un fait ou un acte juridique. L'article 12 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile français dispose dans ce sens que le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.* ». Il ressort de cet article que le juge se doit de requalifier les faits qui lui sont soumis par les parties. Il n'est pas tenu par les qualifications proposées par ces dernières. De même, lorsque le juge est convaincu du caractère erroné de la qualification choisie par les parties, il dispose du pouvoir de requalifier l'acte qui lui est soumis. Mais, dans le souci

²⁷⁰ E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon 1912, p.4.

²⁷¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd. 2014, p. 907.

²⁷² BESMA ARFAOUI, *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, thèse Université de Limoges, Juin 2008, n° 310.

d'être conséquent avec le principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent amenuiser le pouvoir de qualification qu'a le juge de donner au contrat une nature différente de celle que les parties ont préalablement établie.

123. De nos jours, le pouvoir de requalification du juge a subi plusieurs restrictions. C'est notamment le cas en matière sociale où il lui est interdit de requalifier d'office un contrat mal nommé, lorsque de sa requalification, dépend l'application des règles d'ordre public de protection²⁷³. L'on peut se demander si le juge doit requalifier d'office les faits ou actes qui lui sont soumis par les parties. L'assemblée plénière, par une décision du 21 décembre 2007, tranche en insistant sur le devoir du juge en la matière²⁷⁴. Dans le même ordre d'idées, l'obligation de requalification s'arrête donc aux actes et aux faits qui sont effectivement soumis au juge, et ne s'étend pas au fondement juridique des moyens que les parties invoquent. Le juge n'a pas obligation de suppléer à la carence des parties conformément à la conception du procès civil étant défini comme la « *chose des parties* ». Les parties doivent donc au préalable définir la qualification qu'elles aimeraient donner à leur contrat. Une autre question que l'on pourrait se poser est celle de savoir si le juge est tenu de se soumettre à la qualification faite par les parties ? Bien plus, est-ce que la qualification faite par les parties empêche le juge de requalifier le contrat ? Les parties peuvent-elles neutraliser concrètement le pouvoir de requalification du juge ?

124. Pour répondre à ces questions, il faut dire qu'il est possible que le juge requalifie le contrat que les parties ont conclu ou une clause résolutoire que ces dernières prévoient dans leur convention. Mais avant de procéder à cette requalification, le juge doit rechercher s'il n'existe pas une clause de qualification dans ce contrat. Dans le cas contraire, il doit rechercher si les parties n'ont pu inclure dans leur convention des termes qui laissent transparaître leur croyance. Il faut préciser que certaines

²⁷³ Logiquement devrait-il en être ainsi lorsqu'aucune règle d'ordre public n'est en jeu.

²⁷⁴ AP, 21 décembre 2007, n 06-11343, *JCP.G*, Janvier 2008, II, 10006, note L. WEILLER, *D* 2008, 1102 note O. DESHAYES.

requalifications ont un effet fatal sur le contrat. C'est notamment le cas d'une clause résolutoire que les parties croyaient inclure dans un contrat. Lorsque survient un litige, le juge peut refuser d'attribuer la nature de clause résolutoire requalifier cette clause en simple rappel de l'article 1184 du Code civil. Dans cette hypothèse, l'intervention du juge déjoue considérablement les prévisions des parties. Mais il demeure que les qualifications faites par les parties orientent en fait celles du juge qui ne peut que de manière exceptionnelle requalifier le contrat.

PII- Le juge et la qualification choisie par les parties

125. Il est de principe que le juge est le maître des qualifications. L'observation de la pratique révèle qu'il n'est pas rare que les contractants donnent à leur convention une qualification précise. Face à cette précision, le juge n'est pas insensible. Il tente toujours de récupérer ce pouvoir en procédant très souvent à une requalification dite « *salvatrice* ». La qualification est une œuvre de science qui a une conséquence considérable sur l'acte visé. C'est en considérant cette réalité que les parties s'arment d'une clause de qualification dans leur contrat pour contrer l'éventuelle intervention du juge pour donner au travers de la qualification une étiquette autre à leur contrat. Mais les hypothèses de ce genre n'épuisent pas la totalité du phénomène. Il est fréquent que les parties prennent en considération l'incertitude liée à une qualification que donnerait le juge à leur contrat (A). En réalité face à tous les efforts des parties pour limiter l'intervention du juge à qualifier leur contrat, ce dernier oppose une résistance certaine (B).

A- La réalité de l'incertitude de la qualification du juge

126. La qualification est une opération d'une importance certaine. Elle crée une sorte de catégorisation des actes et faits juridiques. La qualification se distingue de l'interprétation par le fait que le régime du contrat n'est pas remis en cause dans l'interprétation. La qualification est une opération fondamentale compte tenu du fait que de son résultat dépend du régime juridique applicable. Le rôle du juge dans ce domaine est déterminant.

127. Dans une décision de la Cour de cassation du 2 mai 1983, en l'espèce, une action en nullité d'un contrat de société avait été engagée. La cour d'appel avait rejeté l'appel en considérant que l'action en nullité s'analysait plutôt comme une cession des parts sociales avec réserve de jouissance. La Cour de cassation censura cette requalification faite par la Cour d'appel sous le visa de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile parlant du principe de dispositif. En effet, bien que l'existence du pouvoir de requalification semble être un acquis, la censure de la Cour de cassation d'une décision de requalification n'est toujours pas loin. Cette méfiance de la Cour envers la décision de requalification prise par les juges du fond se justifie par le fait que, très souvent, ces requalifications faites par les juges d'appels sont incertaines et hâtives. Pour l'arrêt du 3 mai 1983 donc, le pouvoir de requalification du juge est doté d'une limite particulièrement non négligeable. De même, « *lorsque la qualification du contrat dépend de l'application des règles d'ordre public, le pouvoir de requalification judiciaire est donc lui-même dépendant des demandes du cocontractant protégé, le juge étant placé dans l'interdiction de prononcer d'office la requalification du contrat* »²⁷⁵.

Revenant à la qualification de la clause résolutoire, il faut noter qu'elle est dangereuse pour ce mécanisme. La clause résolutoire est conçue par les parties pour parer à toute incursion éventuelle du juge dans cette clause. La qualification du juge peut créer une véritable incertitude quant à la nouvelle nature que ce dernier peut donner à cette clause. Le juge n'est pas tenu de considérer la formulation donnée par les parties à une clause, il ne doit pas s'arrêter à la dénomination que les parties auraient pu proposer. Par cette faculté, le juge peut dénier la nature de clause résolutoire à une clause insérée dans un contrat. Toute chose qui est fondamentalement préjudiciable pour les parties qui entendaient, par cette clause résolutoire, tirer les conséquences de l'inexécution de leur convention de manière amiable et en dehors de toute intervention du juge.

²⁷⁵ M. LAMOUREUX. *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants, op.cit., n° 92.*

128. D'un autre point de vue, il n'est pas aussi exclu que par maladresse ou par volonté de simulation, les parties donnent à leur convention une dénomination inappropriée, ce qui conduira sans doute à l'application d'un régime juridique invalidant²⁷⁶. Dans ces conditions, le juge rétablit l'exacte qualification et par ce fait, il restitue au contrat sa pleine efficacité. Il procède par la même occasion à une « *requalification salvatrice* » du contrat. Compte tenu de toutes ces incertitudes auxquelles la qualification du juge pourrait conduire, les parties se montrent méfiantes à l'égard de cette intervention du juge sous prétexte d'une qualification salvatrice.

B- L'accueil judiciaire du contrôle de la qualification

129. L'approche traditionnelle du contrat repose sur la notion de volonté. Le rôle prépondérant que la volonté joue est incontestable. Cependant, il est aussi reconnu que le rôle que joue le juge, précisément sur le terrain de l'exécution du contrat, est d'une importance première. L'on constate que les parties, par mesure de prudence, encadrent et contrôlent la qualification du juge, ceci du fait de l'orientation et du sens qu'elles aimeraient donner à leur contrat.

130. Les juges sont véritablement réticents à ce que les parties puissent lier de manière contractuelle leur office relativement à la qualification. C'est dans ce sens qu'un jugement a requalifié en contrat, l'engagement pourtant qualifié de simple engagement d'honneur. En 1872, la Cour d'appel d'Aix²⁷⁷ décida que la clause par laquelle un débiteur s'engage envers son créancier à payer sa dette si « *la fortune vient à lui sourire* » engendre des obligations civiles. La Cour de cassation a pris une décision dans le même sens²⁷⁸. Pour les juges français par exemple, « *il n'appartient pas aux parties d'écarter quand bon leur semble la qualification contractuelle* »²⁷⁹. Les juges admettent qu'il

²⁷⁶ M-E PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Préf J. MESTRE, PUAM 1996, n° 17, p. 30.

²⁷⁷ Aix, 11 juin 1872, *D.*, 1873, 2,177.

²⁷⁸ Cass. Com., 23 décembre 1968, *Bull. Civ. IV*, n°374.

²⁷⁹ M. LAMOUREUX, *op.cit.*, n° 41.

ressort de leur rôle de constater l'existence d'un contrat, et par conséquent, d'identifier le droit qui est applicable à ce contrat. C'est notamment le cas de l'engagement d'honneur que le juge a tendance à requalifier en contrat²⁸⁰. Il faut noter que par ces décisions, les juges mettent de côté la volonté des parties de situer leur relation en dehors du droit pour prendre en compte la réalité objective créée par l'accord. Bref, pour ces juges, il est impensable de laisser les parties décider du droit applicable à leur contrat en contrôlant la qualification du juge. Pour conclure sur ce point, M. AUBERT déclare que « *Dès l'instant qu'il adopte une démarche qui est objectivement de nature sociale et qui relève par sa substance, de l'ordre juridique, le sujet de droit ne peut récuser celui-ci (...) il n'appartient pas aux sujets de droit de délimiter à leur convenance le domaine du droit. En bref l'engagement d'honneur ne peut prétendre rivaliser avec l'engagement juridique : chacun est libre de contracter ; nul ne peut s'engager et prétendre se soustraire à la contrainte du droit* »²⁸¹.

131. La résistance du juge au contrôle de leur qualification se fonde sur le fait que pour ce dernier, une requalification peut être salvatrice pour le contrat. Pour le juge, la requalification restitue au contrat sa pleine et complète efficacité. Selon Mme PANCRAZI-TIAN, « *Lorsqu'il y a discordance entre le contenu contractuel et la dénomination conventionnellement donnée au contrat, le juge est appelé à faire un tri, mais ce tri, imposé par l'ambiguïté même de l'acte, n'implique au fond aucune réduction de la volonté contractuelle* »²⁸². Les juges estiment que c'est la considération de ce que les parties ont voulu réellement faire qui les oblige à requalifier le contrat. Dans ce sens, l'assemblée plénière de la Cour de cassation décide que « *si l'article 12 du 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*

²⁸⁰ B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron.p. 107. ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence du contrat*, PUAM 1992, n°675 et svt ; B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit* 234, LGDJ 1995, p. 527 et svt.

²⁸¹ J-L. AUBERT, *Le contrat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2000, p. 54-55.

²⁸² M-E PANCRAZI-TIAN, *op.cit.*, n° 27.

particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leur demande »²⁸³.

Les juges justifient également le refus du contrôle de leur qualification par le fait qu'ils ne sont pas tenus d'adopter la qualification proposée par les parties. La Cour de cassation décide dans le même sens qu' « *il appartient aux juges du fond de restituer à la demande dont ils sont saisis sa véritable qualification juridique* »²⁸⁴. Il peut donc être tentant de croire que dans certaines hypothèses, la requalification vient en quelque sorte au secours du contrat. De même, l'on peut dire, comme le pensent les juges à l'issue de la lecture de l'article 12 alinéa 2 du NCPC que la requalification du juge n'est pas une simple faculté, mais une véritable obligation à la charge du magistrat. Bien que cette réalité soit reconnue, lorsque le juge requalifie le contrat, il ne s'agit pas pour lui de mettre en œuvre son pouvoir de sanction. La requalification n'étant pas une sanction du contrat.

Dans une autre affaire, les juges du fond ont qualifié de prêt un contrat que les parties avaient préalablement qualifié de bail²⁸⁵. Les exemples de requalification judiciaire salvatrice du lien contractuel sont nombreux et même variés²⁸⁶. Il est aussi vrai que l'examen de la jurisprudence révèle dans certaines circonstances que l'opération de qualification du contrat par le juge n'apparaît pas comme le seul fruit d'une analyse, mais décèle plutôt la volonté de faire échec à l'application d'un régime juridique invalidant. Il faut donc noter que la requalification du contrat par le juge permet de sauver la convention improprement dénommée pour la mettre dans une catégorie juridique adéquate.

²⁸³Cass. Ass. Plén, 21 décembre 2007, n° 06-11.343

²⁸⁴Civ 1^{ère}, 23 mars 1966, *Bull.civ* 1966, I, p. 157 et 158 ; Civ. 3^e, 30 avril 1969, *Bull.civ* 1969, III, 264.

²⁸⁵Cass.civ. 3^{ème}, 29 janvier 1970, *Bull. III*. n° 73.

²⁸⁶ Pour en citer un, voir Cass. civ. 1^{ère}, 2 février *Défrénois* 1994, p. 1109, obs PH. DELEBECQUE.

SECTION II- La recherche du contrôle du pouvoir d'interprétation

132. Interpréter, c'est donner un sens, c'est découvrir ce que les parties à un contrat ont réellement voulu en insérant une clause dans un contrat. L'interprétation est une opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur. Elle désigne aussi bien les éclaircissements donnés par l'auteur même de l'acte, que le travail d'un interprète étranger à l'acte²⁸⁷. M. DEMOLOMBE considère qu'« *interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable* »²⁸⁸. En matière contractuelle, la bonne interprétation est celle qui tend à découvrir la commune intention des parties.

Dans les contrats, l'interprétation judiciaire représente un risque en raison des résultats aléatoires auxquels elle pourrait conduire, de même qu'en raison des larges pouvoirs que le juge peut parfois s'accorder sous le prétexte de l'interprétation²⁸⁹. Le même constat est également fait en matière de clause résolutoire. C'est dans ce sens que plusieurs auteurs ont pu voir dans l'interprétation restrictive de la clause résolutoire une preuve de la défaveur du juge à l'égard de ce mécanisme²⁹⁰. Soucieuses d'encadrer la mission juridictionnelle, les parties se penchent sur la question d'une éventuelle interprétation judiciaire de leur clause²⁹¹. Conscientes des aléas inhérents à l'interprétation judiciaire de la clause résolutoire, les parties la contournent en prévenant en quelque sorte l'éventuelle interprétation judiciaire par la rédaction univoque de la clause résolutoire (Paragraphe I). Mais la rédaction la plus précise et la plus habile ne pouvant garantir une limpidité sans faille, les parties envisagent l'intervention du juge

²⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, v° Interprétation.

²⁸⁸ Cours de Code Napoléon, I, *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, A. Durand, Hachette, 4^e éd., 1869, n° 115.

²⁸⁹ J. MESTRE et A. LAUDE, « L'interprétation « active » du contrat par le juge », *in le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 9.

²⁹⁰ H.L et J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations, Théorie générale*. Montchrestien, 8^e éd. 1991, n° 1105-1106.

²⁹¹ M. LAMOUREUX ; *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille 2006, préface J. MESTRE, n° 113.

en la canalisant au travers du choix d'une méthode d'interprétation spécifique (Paragraphe II).

PI- Le contournement de l'interprétation judiciaire par rédaction univoque de la clause résolutoire

133. L'on est sans ignorer que l'interprétation des contrats est du domaine du juge du fond²⁹². Pour donc prévenir l'intervention du juge au travers de l'interprétation de la clause résolutoire, les parties touchent la racine, bien plus la cause de l'interprétation. De ce fait, elles mettent un accent particulier sur la rédaction de la clause résolutoire. Il faut noter que l'ambiguïté, le caractère équivoque et imprécis sont des éléments qui justifient très souvent la présence du juge dans les clauses contractuelles. Le juge intervient à ce niveau pour interpréter et restituer à la clause résolutoire son véritable sens. Conscientes de cette réalité et dans l'optique de contrer toute éventuelle immixtion du juge dans les clauses résolutoires, les parties s'assurent de la clarté de la rédaction de la clause résolutoire (A), de même qu'elles délimitent de façon précise le champ d'application de cette clause (B).

A- Les exigences relatives à la rédaction univoque de la clause résolutoire

134. La prévention de l'intervention du juge par les contractants dans une clause résolutoire se fait au travers de plusieurs techniques. Dans cette perspective, l'on s'efforcera à dresser un inventaire aussi précis que possible des mécanismes dont les parties font usage. Les parties tantôt s'arment au travers d'une rédaction minutieuse de la clause résolutoire (1), tantôt elles insèrent des clauses de définition dans leur contrat pour canaliser l'interprétation de la clause résolutoire par le juge (2).

²⁹² « *Les juges du fond sont compétents pour interpréter souverainement les conventions passées entre les Parties* ». Arrêt n°138 du 28 mai 1968. Bulletin des arrêts de la CS du Cameroun Oriental, n°18, p.2076. ; CS, Arr. n° 10 du 27 Octobre 1970, bull. des arrêts n° 23, p. 2834. ; CS arrêt 15.2.77. Rapport de M. NGUINI. RDC, Série 2, n°15 & 16, p.246.

1- La rédaction d'un contenu précis de la clause résolutoire

135. La clause résolutoire tacite n'existe pas²⁹³. L'ambiguïté dans la rédaction de cette clause est l'une des « *fenêtres* » par lesquelles le juge s'infiltré dans la clause résolutoire. L'opportunité de la clause résolutoire ne pose donc pas de difficulté lorsqu'elle a été bien rédigée, le juge se réserve par contre un pouvoir d'appréciation lorsqu'elle est formulée de manière équivoque²⁹⁴. Parallèlement, la rédaction minutieuse et claire amenuise considérablement l'incursion du juge. Le formalisme qu'exige la rédaction de la clause résolutoire a des avantages considérables : il prévient des engagements irréfléchis, il donne certitude à l'acte et empêche des fraudes à l'égard du tiers.²⁹⁵ Les parties doivent formellement exprimer leur volonté tant dans le principe de l'exclusion de l'intervention judiciaire que dans les conditions et les modalités d'application de la clause résolutoire. De la rédaction de la clause litigieuse, va donc dépendre la réponse à la question de savoir si les parties ont stipulé une clause résolutoire ou si elles ont seulement rappelé, à des fins comminatoires, la sanction légale.

136. Si certains contractants entretiennent à dessein l'ambiguïté de leurs engagements²⁹⁶, c'est le plus souvent de façon involontaire que la plupart d'entre eux rédigent des contrats ambigus, imprécis ou contradictoires, qui nécessiteront, à moins qu'ils ne s'accordent une nouvelle fois pour préciser la signification de leur acte, que le juge se livre lui-même à son interprétation²⁹⁷. Afin de contourner tout contentieux, il est judicieux de rédiger des clauses claires et précises, car « *une clause de résiliation unilatérale adroitement rédigée (...) peut constituer (...) un rempart infranchissable contre le contrôle judiciaire des conditions et des conséquences de la rupture unilatérale* »²⁹⁸. La rédaction minutieuse de la clause résolutoire par les parties présente

²⁹³ Civ 1^{re} 17 mai 1954, *GP* 1954, 2, p. 82 ; *RTD.civ.* 1954, p 666, obs J. CARBONNIER.

²⁹⁴ Civ 1^{re}, 25 novembre 1986, *Bull civ* I, n° 279, p. 246.

²⁹⁵ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, n° 132.

²⁹⁶ J. LE CLERE, Les clauses volontairement ambiguës dans les chartes parties, *DMF*, 1962, p. 703.

²⁹⁷ B. FAGES, « L'art et la manière de rédiger un contrat », *Droit et Patrimoine*, 1999, p. 82 et s.

²⁹⁸ D. MAZEAUD, « Dura clausula, sed clausula », *D* 2001 p. 3240.

plusieurs avantages. On peut citer premièrement la facilitation de la compréhension du contenu contractuel, de même que le contournement de l'intervention du juge.

En effet, les clauses résolutoires définies, spécifiées ou catégoriques sont généralement considérées comme claires et précises²⁹⁹, par ceci qu'elles facilitent leur compréhension. Les clauses claires et précises sont selon M. Bertrand FAGES, « *les clauses dont les termes sont formels et excluent toute discussion* »³⁰⁰. La clause résolutoire clairement stipulée met les contractants à l'abri de l'intervention judiciaire et contourne par ricochet, l'aléa lié à la décision du juge, car prévenir toute interprétation de la part du juge n'est possible qu'à condition que les parties se soient clairement exprimées³⁰¹.

137. Dans un arrêt de sa 3^{ème} chambre civile, la Cour de Cassation demeure en quelque sorte fidèle au principe selon lequel la clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour une stipulation expresse du bail³⁰² et, plus précisément, à « *une obligation ou une interdiction clairement formulées* »³⁰³. Dans son commentaire de cet arrêt, Hugues KENFACK conclut en soulignant qu'« *En définitive, l'arrêt du 8 décembre 2010 illustre bien la nécessité d'une rigueur extrême en présence d'une clause résolutoire insérée dans un bail commercial. Elle doit être rédigée avec la plus grande précision et invoquée de bonne foi. Le commandement qui la met en œuvre doit respecter toutes les exigences formelles : information claire sur les risques de résiliation du bail, les obligations exactes non accomplies et le délai imparti pour se conformer à ces obligations* ». Tous ces éléments nous permettent d'apprécier à sa juste valeur la position

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ C.GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation » in *Revue des contrats*, 31/03/2015.

³⁰² Cass. 3^e civ., 18 mai 1988, n° 87-11669 : *Bull. civ. III*, n° 94 ; Cass. 3^e civ., 24 nov. 1976, n° 75-11435 : *Bull. civ. III*, n° 424 - Cass. 3^e civ., 20 juin 1995, n° 93-17531 ; Cass. 3^e civ., 13 déc. 2006, n° 06-12323 : *Bull. civ. III*, n° 248.

³⁰³ J.-P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., p. 170.

favorable de la jurisprudence à l'égard de l'obligation des parties de rédiger de manière claire et précise la clause résolutoire insérée dans leur contrat.

138. Une autre précision qu'il faut apporter pour garantir la rédaction efficace de la clause résolutoire réside dans ce que d'une part la dérogation au caractère judiciaire de la résolution doit être expressément rédigée. La clause résolutoire doit préciser « *qu'elle constitue une dérogation au principe de droit commun de la résolution judiciaire des contrats, tel qu'énoncé à l'article 1184 du Code civil* »³⁰⁴. Est considéré comme un simple rappel du principe de la résolution judiciaire des contrats, la clause d'un contrat de vente qui prévoit qu'en cas d'inexécution de leurs obligations par les acquéreurs, le vendeur pourra « *faire prononcer* » la résolution de la vente³⁰⁵. Cette rédaction laisse une large marge d'appréciation au juge qui pourrait interpréter ladite clause comme bon lui semble. La clause résolutoire doit pouvoir préciser que la résolution interviendra de plein droit sans intervention du juge.

139. D'autre part, en présence d'une clause résolutoire, les modalités de la rupture doivent être précisées lors de la rédaction. Rentrent dans cette exigence : la nécessité d'une notification écrite, par lettre recommandée avec accusé de réception, par télécopie ou tout autre moyen, le respect d'un certain délai de préavis, etc. Le juge saisi doit trouver clairement rédigés ces différents points, parce que leur absence lui donne plein pouvoir d'interpréter la clause résolutoire en son sens. Bref, il peut être judicieux de prévoir des modalités de rupture différentes en fonction de la gravité du manquement constaté, notamment la possibilité de rompre immédiatement le contrat en cas de manquement grave, sans pour autant supprimer la modalité de la mise en demeure préalable pour les manquements plus mineurs.

³⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 84-15.705, « *La clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation* ».

³⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 84-15.705, *Bull. civ. I*, n° 279 ; Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992, n° 90-17.760, *Bull. civ. I*, n° 227.

Ainsi, pour prévenir toute intervention judiciaire dans les clauses résolutoires, les parties doivent se rassurer que la clause est lisible et bien ordonnée. Car il faut préciser encore que le doute n'est pas permis lorsque la clause précise que le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution. L'emploi de cette locution fait clairement apparaître l'intention des parties de ne pas avoir recours à la résolution judiciaire, mais de faire application en cas d'inexécution une sanction déterminée par leur volonté. Par contre, lorsqu'il est simplement précisé que le contrat sera résilié en cas d'inexécution ceci peut s'apparenter à un rappel de l'article 1184. Dans ces conditions, la résolution peut résulter du juge qui n'est d'ailleurs pas explicitement exclu. Au final, le juge ne saurait interpréter le contrat afin de découvrir une clause résolutoire que les parties auraient tacitement convenu³⁰⁶, « *si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement* ». Toutes les expressions vagues et équivoques sont donc à éviter par les parties dans une clause résolutoire. Une autre technique qu'utilisent les parties pour évincer le juge de la clause résolutoire, et qui mérite une attention particulière, est l'utilisation des clauses de définition.

2- L'insertion de clauses de définition dans le contrat

140. La technique permettant aux parties de sécuriser leurs relations contractuelles et de limiter le pouvoir d'intervention du juge réside dans l'insertion des clauses de définition³⁰⁷. « *Les clauses de définition sont des clauses qui permettent de contractualiser la définition que les parties entendent donner à des termes utilisées par la suite dans un contrat* »³⁰⁸. Ces clauses ont pour finalité d'asseoir l'efficacité de l'acte en le précisant, elles permettent également de contourner d'éventuelles discussions

³⁰⁶Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 2, jur., p. 82, *RTD.civ.* 1954, p. 666, obs. J. CARBONNIER ; Rapp. C. cass. 1988, Doc. fr., 1988, p. 194 .

³⁰⁷J.KULLMAN, « clauses abusives et contrat d'assurance », *RGAT* janvier 1996, n°1 p.11 ; Y. BISMUTH, « Les clauses types dans les contrats informatiques : Le surgelé contractuel », *Cah. Dr. Entr.*, juillet 2008, n° 4, p.44 ; A. PELISSIER, « Responsabilité de l'assureur », *RGDA* avril 2012, n° 4, p. 424.

³⁰⁸W. BROSS, *Le clausier*, 2^e édition ; Litec 2011, p. 391.

consistant à savoir si les parties voulaient utiliser un terme dans un sens courant ou dans un sens technique ou juridique particulièrement³⁰⁹. Par l'utilisation des clauses de définition, les parties ne cherchent pas à anéantir le pouvoir d'interprétation du juge, chose difficilement réalisable, mais plutôt à empêcher celui-ci à devoir se mettre en œuvre³¹⁰. Un terme ayant très souvent plusieurs acceptions, la clause de définition³¹¹ est un « *instrument de clarification* »³¹². Les clauses de définition sont importantes, parce que leur absence apprécie souverainement la traduction à donner aux termes et expressions étrangères³¹³.

141. Dans la clause résolutoire, la définition préalable des termes équivoques et ambigus représente une technique véritablement efficace pour retirer au juge le pouvoir qu'il tient de son interprétation. La clause de définition canalise aussi bien les parties elles-mêmes que le juge sur le sens à donner à une expression, un mot utilisé dans la clause résolutoire. Elle a une fonction de prévention des difficultés d'interprétation en mettant ainsi de côté les interprétations divergentes qui pourraient naître de la terminologie utilisée³¹⁴. Il faut souligner que les juges sont tenus de respecter les termes de la clause de définition, car ces derniers s'exposent à une sanction de dénaturation s'ils retiennent un sens non conforme à celui exprimé dans la clause de définition³¹⁵.

142. Dans un contrat, « *La définition introductive vaut alors pour toutes les clauses dans lesquelles le terme ainsi défini est employé. Au-delà de l'intérêt*

³⁰⁹ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, op.cit., n° 248.

³¹⁰ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse Université d'Auvergne-Clermont Ferrand 1, 2014, n° 247, p.206.

³¹¹ J-M MOUSSERON, *Techniques contractuelle*, 2^e édition, 1999, n° 393 et s ;. F. DELLY, Les clauses d'interprétation dans les contrats internationaux, *RDIA*, 2000 ; p. 719 et s. ; B. FAGES, L'art et manière de rédiger un contrat, *Dr et Patr*, 1999, n° 72, p. 82.

³¹² J-M MOUSSERON, op. cit., 1^{re} 1988, n°311.

³¹³ Cass. Com., 25 juin 1968, *Bull. civ. IV*, n° 182.

³¹⁴ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, Thèse Aix Marseille III, PUAM 2006, Tome I, n° 121.

³¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 1991, *Bull.civ.I*, n° 327.

interprétatif, des clauses de définition, celles-ci permettent alors de simplifier et d'alléger la rédaction du contrat en éclairant le sens des mots une fois pour toutes »³¹⁶. Cependant, le constat demeure que la clause de définition doit être conforme à l'ordre public et ne doit pas heurter une obligation essentielle du contrat. Malgré cela, la clause de définition est une arme entre les mains des parties en présence d'une clause résolutoire qu'il faut utiliser avec précaution afin de ne pas retourner l'arme contre les parties elles-mêmes. Pour ce faire, elles doivent être minutieusement rédigées. Il serait, néfaste que des définitions se contredisent au fond et viennent créer une confusion supplémentaire, toute chose qui redonnerait au juge la liberté d'interprétation.

B- La délimitation précise du champ d'application de la clause résolutoire

143. Dans le souci d'éliminer une grande partie du contentieux lié à l'interprétation du juge, les parties délimitent très souvent de façon assez précise ce qu'elles entendent faire entrer dans la clause résolutoire. Elles le font notamment par deux procédés : la précision des obligations dont elles sanctionnent l'inexécution (1). Il peut même arriver que la clause précise qu'elle visera l'inexécution d'une obligation quelconque du contrat (2).

1- L'identification précise des obligations dont l'inexécution est sanctionnée

144. Il est prudent pour les parties de décrire l'étendue des obligations qui encourent une sanction en cas d'inexécution. L'une des raisons qui justifient l'interprétation du juge de la clause résolutoire est l'imprécision quant aux situations auxquelles ces clauses s'appliquent³¹⁷. La clause résolutoire pose très souvent des difficultés aux tribunaux dans l'appréciation de sa délimitation. Comme illustration, les juges de fond refusent de faire application de cette clause à l'inexécution d'une

³¹⁶ M. LAMOUREUX, *op. cit.*, n° 120.

³¹⁷ M. LAMOUREUX ; *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, Presses Universitaires D'Aix-Marseille 2006, préface J. MESTRE, n° 122.

obligation d'ordre public, dès lors qu'il apparaît que celle-ci n'est pas explicitement reprise dans le contrat³¹⁸. La clause résolutoire s'applique alors aux obligations auxquelles le contrat fait, expressément référence dans ses autres dispositions³¹⁹. L'interprétation en elle-même est redoutée par les parties, parce « *qu'elle porte mal son nom ; parce qu'elle est bien plus et autre chose que ce que sa dénomination n'exprime* »³²⁰, sous couvert de l'interprétation de la convention, le juge s'arroge les pouvoirs qui jadis lui avaient été arrachés par les parties.

La clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour une obligation mentionnée dans le contrat. Elle ne pourra pas, par exemple, sanctionner des obligations mises à la charge du preneur commerçant par le statut des baux commerciaux dans le Code de commerce, et qui ne sont pas reprises dans le contrat. C'est dans la même optique que l'article 167 reprend l'article 1159 de l'avant-projet Catala. Le premier alinéa dispose que : « *La clause résolutoire doit expressément désigner les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». La récente Ordonnance française du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations met également l'accent sur la précision dans la clause résolutoire.

La précision dans la rédaction de la clause résolutoire est une véritable arme entre les mains des parties pour encadrer les pouvoirs du juge. Pour se faire, les parties énumèrent de façon précise le champ d'application de la clause résolutoire. Il demeure, cependant, que « *l'énumération limitative offre indéniablement l'avantage d'une parfaite sécurité juridique et doit toutefois faire l'objet d'une attention particulière, les*

³¹⁸ Cass. civ 3^e, 29 avril 1987 n° 84-16692, *Revue Loyers* 1987, p.306. ; Cass. civ 3^e 15 mars 1989, n° 86- 17793, *Revue Loyers* 1989 ; p.206, note C. BERTHAULT. ; Cass. civ 3^e, 17 avril 1989 n° 87-17724, *Revue Loyers* 1989, p. 251.

³¹⁹ Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, n° 97-22.611, Lamyline.

³²⁰ P. SIMLER, Propos introductifs « À la recherche des frontières de l'interprétation », colloque sur « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *Revue des contrats*. Mars 2009, p.149.

parties devant veiller à ne pas oublier de citer une hypothèse qu'elles entendraient pourtant voir couverte par la clause »³²¹.

145. En somme, pour des raisons de sécurité et de loyauté, la clause doit être suffisamment claire et explicite quant aux obligations dont l'inexécution est couverte par le champ de la clause. La précision des obligations dont l'inexécution est sanctionnée place les contractants qui ont stipulé une clause résolutoire dans leur contrat à l'abri de toute éventuelle incursion du juge.

2- La spécification de la possibilité de sanction d'une obligation quelconque du contrat

146. La clause résolutoire s'applique aux obligations auxquelles le contrat fait expressément référence³²². En revanche, les parties doivent veiller à ne pas utiliser les formules trop générales, inopérantes. Tel est, par exemple, le cas dans un bail commercial, de la clause visant l'inexécution d'une obligation quelconque du contrat, qui lui-même se réfère « *aux conditions ordinaires et de droit* » des baux commerciaux. Faute d'inexécution d'une stipulation expresse du contrat, la clause ne peut sanctionner les infractions au statut des baux commerciaux³²³. IL est bien possible de procéder à un renvoi global en visant « *l'inexécution de l'une quelconque des obligations prévues au contrat* »³²⁴. La clause résolutoire peut sanctionner l'inexécution d'une obligation quelconque issue du contrat. Il appartient aux parties de définir son champ d'application, en précisant les obligations qu'elles entendent assortir de la clause résolutoire.

Il ressort cependant que l'utilisation du groupe de mots « *sanction d'une obligation quelconque du contrat* » peut être une grande source d'ambiguïté que le juge peut exploiter à sa guise. La clause résolutoire ne doit pas affirmer une chose et son

³²¹ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants, op.cit.*, n°122.

³²² *Ibid.*

³²³ Cass. 3^e civ., 29 avr. 1987, n° 85-15.579, *Rev. loyers* 1987, p. 306.

³²⁴ Cass. Com, 19 février 1963, *Bull civ III*, n° 111.

contraire, ou du moins deux choses incompatibles. Une obligation de cohérence incombe aux parties qui veulent éviter de s'exposer au pouvoir d'interprétation du juge³²⁵.

PII- Le contournement de l'interprétation judiciaire par le choix de la méthode d'interprétation de la clause résolutoire

147. Les parties peuvent prescrire au juge la méthode d'interprétation à appliquer pour éclairer une clause résolutoire ou toute clause insérée dans un contrat. Lorsqu'elles ne le font pas, elles délaissent ainsi leur clause « à la merci » du juge qui pourrait donner à cette clause un sens complètement différent de celui que les parties ont voulu lui donner. Cette situation a poussé un auteur à se demander. « *Si l'interprétation des actes juridiques, telle qu'elle est pratiquée, n'est pas, d'une certaine manière, une mystification, couverte du voile pudique et très opaque du pouvoir souverain des juges du fond, sous réserve de la non moins obscure dénaturation des clauses claires et précises ?* »³²⁶. Ainsi dans le souci de contourner l'aléa lié à l'interprétation judiciaire, les parties surpassent les règles jurisprudentielles et légales d'interprétation (A), de même qu'elles font usage des clauses d'interprétation (B).

A- Le contournement de certaines règles jurisprudentielles et légales d'interprétation

148. Les règles d'interprétation établies par le Code civil ne sont pas d'ordre public. Sans ambages, la Cour de cassation a affirmé en ce sens dans un important arrêt du 3 novembre 2011, que « *l'article 1184 du Code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat* »³²⁷. Les parties peuvent y déroger par exemple en présentant au juge une sorte

³²⁵M. LAMOUREUX ; *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants, op.cit.*, n° 124.

³²⁶P. SIMLER, « À la recherche des frontières de l'interprétation », Propos introductifs du *Colloque sur « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? »*, *Revue des contrats*.31-03-2015 - n° 01.

³²⁷ Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, no 10-26.203, *Contrats, conc., consom.*2012, comm. 36, note Leveneur L., *RTD.civ.* 2011, p. 762, obs. B. FAGES.

de « *ligne de conduite* » d'interprétation en cas de difficulté d'interprétation de la clause résolutoire. Elles pourront ainsi décider d'un commun accord d'exclure n'importe quelles règles d'interprétation³²⁸, notamment celles établies aussi bien par la jurisprudence que la loi. Pour ce faire, elles peuvent à titre illustratif disposer d'avance que l'interprétation de la clause résolutoire à la lumière des usages issus de l'article 1159 du Code civil est interdite (1), elles peuvent également exclure expressément la méthode qui consiste pour le juge à interpréter le contrat en défaveur d'une partie (2).

1- L'éviction de l'interprétation du contrat à la lumière des usages

149. L'article 1159 du Code civil camerounais dispose que « *ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* ». Cette disposition est un véritable danger pour la sécurité et la prévisibilité des contrats en ce sens qu'elle laisse au juge un large pouvoir en matière d'interprétation. Il faut noter que le terme « usage » peut être susceptible de plusieurs acceptions, ce qui est davantage une source d'insécurité dans les contrats. Selon le *Vocabulaire juridique* Cornu, « *plutôt qu'une véritable règle de droit, (l'usage) désigne souvent une pratique particulière à une profession, à une région, ou à une localité et dont la force obligatoire est variable* ».

Considérant le fait que les usages sont supplétifs, les parties ont la liberté d'écarter expressément leur application³²⁹. Ainsi, par exemple, par une des clauses d'exclusion, les contractants écartent expressément une méthode subjective ou objective d'interprétation que le juge est susceptible d'utiliser, en cas de litige portant sur une clause ambiguë, obscure, imprécise ou sur des clauses contradictoires³³⁰.

En somme, par une clause contractuelle, les parties peuvent expressément évincer l'interprétation découlant de l'article 1159 du code civil qui conduit le juge à rechercher

³²⁸ K. LEWINSON, *The interpretation of contracts*, 2nd ed., Sweet and Maxwell, 1997, Chap 6, n° 3.02.

³²⁹ B. MERCADAL, *Contrats et droits des entreprises*, ed FRANCIS LEFEVRE, 2003, n° 3353.

³³⁰ D. MAZEAUD, L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation, in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *Revue des contrats*, 31 mars 2015.

le sens d'une convention bien plus d'une clause résolutoire à la lumière des usages. Quid du contournement de l'interprétation *contra poferentem* ?

2- La refus de l'interprétation de la clause résolutoire en défaveur d'une partie

150. L'article 1162 du Code civil camerounais dispose que « *Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation* ». Bien que le sens de cet article ait suscité bien d'écrits³³¹, il demeure que cet article en lui-même n'est pas d'un grand apport pour le juge dans l'interprétation. Interpréter, c'est « *découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable* »³³², c'est rechercher la volonté des parties en insérant une clause particulière dans un contrat. L'article 1162 est souvent mis en doute, parce qu'il ne permet pas, à proprement parler, d'éclairer le sens du contrat. Le doute demeure³³³. Le fait d'interpréter la clause contre le créancier qui l'a stipulée, et en faveur du débiteur, n'est pas en soi même une manière d'apporter des éclaircissements sur la clause résolutoire objet d'un litige. Ici, il est évident que l'on ne recherche plus une quelconque volonté, exprimée ou silencieuse. Cet article est clairement guidé par une volonté de protection de l'une des parties. Le Doyen CARBONNIER parlait de la maxime de « *faveur du débiteur* »³³⁴.

³³¹J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. II, Les biens, Les obligations, op.cit.*, n° 1062 ; M. BILLIAU, J. GHESTIN et C. JAMIN, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3e éd., 2001, n° 6 et s. ; C. GRIMALDI, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats » : *RDC* 2008, p. 207, n° 19 et s. ; P. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. CHABAS, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2005, n° 136 et s. ; P. MALAURIE, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui » : *JCP.G* 2011, n° 51, p. 2506 ; O. PUJOLAR, « Interprétation des contrats : la lettre, la volonté ou l'esprit ? » : *RRJ* 2005, p. 1869 ; Ph. SIMLER, *J.-Cl. Civil*, V° « Contrats et obligations – Interprétation des contrats – L'instrument : notion, normes, champ d'application », Art. 1156 à 1164, fasc. 10, nos 54 et s. ; C. WITZ, « Effets, interprétation et qualification du contrat », *RDC* 2009, p. 318.

³³²DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, I, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois, A. Durand et L. Hachette, 4^e éd., 1869, n° 115

³³³ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, t. IV par P. ESMEIN, 1930.

³³⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, éd. PUF, 1996 20^{ème} éd., coll. Thémis, n° 142.

151. L'article 1162 n'est pas d'ordre public, la Cour de cassation française le souligne d'ailleurs en ces termes : « *Attendu que l'article 1162 n'a pas un caractère impératif ; que ses dispositions ainsi que celles des articles compris dans la même section, constituent des conseils donnés aux juges par le législateur pour l'interprétation des conventions, et non des règles absolues ; que l'interprétation ne donnerait ouverture à cassation que si l'arrêt attaqué avait méconnu ce qui est de l'essence du contrat ou en avait dénaturé la substance.* »³³⁵. Les parties peuvent y déroger en insérant dans leur contrat une clause qui conduirait le juge à interpréter le contrat en mettant de côté les directives de l'article 1162 du Code civil. Les règles d'interprétation établies par le Code civil n'ont pas valeur normative. M. Cyrille GRIMALDI suggère que « *les dispositions relatives à l'interprétation se voient reconnaître le statut de règles de droit* »³³⁶. Dans le souci de contourner toujours l'office du juge dans la clause résolutoire, les parties peuvent-elles faire usage d'une clause d'interprétation ?

B- Le contournement de l'interprétation judiciaire par la création des procédés particuliers d'interprétation

152. Les parties aux contrats peuvent insérer des clauses particulières dans le contrat en vue d'aménager les pouvoirs du juge dans l'interprétation de leur contrat. Pour mieux comprendre l'influence des clauses d'interprétations sur la clause résolutoire, il convient de souligner que les clauses d'interprétations contenues dans un contrat s'appliquent à tous les éléments du contrat. La clause résolutoire est un élément du « grand » contrat, le contrat est autrement dit le contenant et, les clauses le contenu, reste alors à s'attarder sur les différentes clauses d'interprétation (1) de même que leur efficacité sur la clause résolutoire (2).

³³⁵Cass. ch. req., 13 févr. 1883 : S. 1883, 1, p. 466 .

³³⁶C. GRIMALDI, « La valeur normative des directives d'interprétation », in « *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?* », *Revue des contrats*, 31mars 2015, n° 01.

1-Typologie de clauses d'interprétation

153. Evoquée dans certains contrats, la clause d'interprétation se présente sous plusieurs formes. Elle n'a pas fait l'objet d'un engouement particulier aussi par la doctrine que dans la jurisprudence. Denis MAZEAUD remarquait dans ce sens que « *Ce qui frappe d'emblée quand on part à la recherche d'éléments relatifs à ce sujet, c'est le contraste vraiment saisissant entre l'intérêt pratique de ces clauses et le désintérêt quasi général qu'elles suscitent* »³³⁷. Ce même auteur classe les clauses d'interprétation en sept grands groupes : les clauses de sens qui ont pour objet de définir tous les termes judiciaires et techniques utilisées dans l'instrumentaire du contrat. Les clauses de définition sont une sorte de « *vocabulaire contractuel* » inséré dans un contrat. On peut encore citer les clauses de langues qui sont une réalité des contrats internationaux signés entre deux parties qui ne parlent pas la même langue. Ensuite, les clauses de priorités qui mettent sur pied une sorte d'échelle de priorité entre les documents contractuels, les clauses de non renonciation qui stipulent le fait que l'attitude d'un contractant lors de la formation du contrat ne doit pas être interprétée comme un refus de sa créance. Les clauses d'exclusion que les contractants utilisent pour écarter une méthode objective ou subjective d'interprétation; les clauses d'extension par lesquelles le juge peut procéder à l'interprétation non seulement à la lumière de l'acte instrumentaire du contrat mais aussi de tout document ou situation para contractuelle. Enfin, la clause d'intégralité qui, à l'opposé de la clause d'extension, est une clause qui restreint le pouvoir d'interprétation du juge à la seule lettre de l'acte instrumentaire à l'exclusion de tout autre acte instrumentaire.

³³⁷ D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », in « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *Revue des contrats*. 31mars 2015, n° 01.

Il ressort de cette énumération que la clause d'interprétation renferme plusieurs autres clauses. Le point commun, entre toutes ces clauses, réside dans le fait qu'elles donnent des directives, des instructions au juge qui interprète une convention.

2-L'efficacité des clauses d'interprétations

154. Destinée à introduire une part de prévisibilité dans les rapports contractuels, la clause d'interprétation est efficace. Cependant, malgré les intérêts énormes que la clause d'interprétation regorge, on constate qu'elle n'a pas fait l'objet d'une attention particulière comme il a été souligné plus haut. Ceci est un véritable contraste.

En présence d'un contrat, la clause d'interprétation représente une expression significative de la liberté que les parties s'octroient pour canaliser les pouvoirs du juge en cas de difficulté d'interprétations. La clause d'interprétation renforce la sécurité juridique tout en réduisant les risques de litige et de procès. Elle assure aussi la prévisibilité, la sécurité que l'efficacité des relations contractuelles. Au final, Denis MAZEAUD conclut en disant que « *oui, les clauses d'interprétation sont valables et efficaces quand elles sont le fruit de la liberté contractuelle...* ». Elles doivent être, en conclusion, pour être efficace, stipulées de manière libre par les contractants.

Conclusion chapitre I

155. Somme toute, les développements qui précèdent avaient pour objectif d'exposer comment au moyen du contrôle de la qualification et de l'interprétation judiciaire de la clause résolutoire, les parties pouvaient exercer une réelle emprise sur les pouvoirs du juge. Il faut noter que, premièrement, la qualification est une opération fondamentale, puisque de son résultat dépend le régime juridique applicable à la clause résolutoire. Or, le rôle du juge dans ce domaine a toujours été présenté comme déterminant. Cependant, les parties peuvent exercer une influence sur le résultat de cette qualification judiciaire. Deuxièmement, l'interprétation judiciaire demeure l'un des problèmes juridiques majeurs en matière contractuelle et, précisément en présence d'une clause résolutoire en raison des résultats aléatoires auxquels peuvent mener un tel procédé. Ce pouvoir d'interprétation du juge peut modifier substantiellement le sens que les parties avaient donné à une clause résolutoire. Soucieuses d'encadrer cette mission juridictionnelle, les parties usent de plusieurs techniques pour l'éviter.

156. La question posée était celle de savoir comment est-ce que par le contrôle de la qualification et de l'interprétation, les parties ont le pouvoir d'amenuiser la toute-puissance du juge en ce domaine ? Il faut relever, *in fine*, que la liberté laissée aux parties pour aménager les pouvoirs judiciaires de qualification et d'interprétation peut exercer une réelle influence sur les pouvoirs du juge, mais cette liberté se révèle quelques fois restreinte face à l'espace de liberté implicitement accordé au juge, à défaut d'un encadrement législatif strict de ses pouvoirs en la matière. Malgré l'effort des parties pour encadrer les pouvoirs du juge, l'office du juge dans la qualification et l'interprétation a de beaux jours devant lui³³⁸. L'encadrement contractuel de l'office du juge s'impose en revanche avec une plus grande force en matière de sanctions et d'octroi d'un délai de grâce à l'inexécution du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire.

³³⁸ A. AKAM AKAM, « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, n° 23, p. 513.

**CHAPITRE II : LES RECHERCHE DU CONTRÔLE DES
POUVOIRS DU JUGE DANS L'HYPOTHÈSE DE L'INEXECUTION DU
CONTRAT**

157. La reconnaissance ou la méconnaissance du pouvoir modérateur au juge en présence d'une clause résolutoire est une question qui a fait couler beaucoup d'encre. Il faut en amont souligner que « *Le pouvoir modérateur n'est pas a priori un sujet explicite, le mot modérateur n'ayant pas de sens juridique précis. Mais une fois même l'acceptation du terme posée, l'objet de la modération est à son tour difficilement perceptible* »³³⁹. Ce malaise sur le sens à donner à la modération judiciaire est également perceptible en présence d'une clause résolutoire. C'est sans doute ce malaise qui a conduit certains auteurs à conclure qu'il est nécessaire de conférer au juge un pouvoir modérateur dans la clause résolutoire comme il l'aurait en présence d'une clause pénale³⁴⁰. La reconnaissance d'un pouvoir modérateur du juge en présence d'une clause résolutoire rendrait celle-ci lettre morte. Le juge, en appréciant la modération de l'opportunité de la résolution prive en quelque sorte la volonté des parties de tout effet. En effet, dans une clause résolutoire, l'intervention systématique du juge ne saurait être supportée. Ce constat justifie sans doute le fait qu'en présence d'une clause résolutoire, les parties s'évertuent à contourner toute modération judiciaire. Cependant, la pratique contractuelle démontre que ces tentatives de contournement de l'intervention du juge dans la clause résolutoire se soldent souvent par des échecs. Dans cette partie, il sera démontré que les parties et le législateur usent de plusieurs procédés pour contourner l'intervention et la modération du juge. Ce sont des simples tentatives qui ont montré en réalité leurs limites à pouvoir véritablement enserrer le juge. Il est tout de même important de s'arrêter sur ces tentatives. Dans cette optique, il sera tablé sur le contournement de la modération judiciaire par les parties dans la clause résolutoire au moyen du contrôle de la sanction de cette clause (Section I), de même que par l'enserrement des hypothèses d'octroi d'un délai de grâce (Section II).

³³⁹ J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM 2004, Pref, p .11.

³⁴⁰ F.OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise ne œuvre de la clause résolutoire », *Defrenois* 30 janvier 1993, p. 80, n° 20.

SECTION I- L'encadrement de la sanction de l'inexécution du contrat

158. La sanction de l'inexécution du contrat a toujours été le domaine de prédilection de l'intervention judiciaire. C'est un domaine qui est placé « *entre les mains du juge* », c'est le juge qui est « *tout d'abord seul à pouvoir décider si un contrat mérite ou non de quitter la scène juridique* »³⁴¹. Cependant, les méthodes par lesquelles les parties contournent la résolution judiciaire sont devenues pléthores qu'il est difficile de soutenir que la résolution relève par essence du domaine du juge. Le pouvoir du juge est mis à mal par l'émergence d'une nouvelle forme de résolution à savoir la résolution unilatérale. Il faut noter que le caractère particulier de la résolution unilatérale a pour finalité d'évincer, de contrôler la mainmise du juge sur le contrat.

Par la sanction de la clause résolutoire le créancier peut obtenir la résolution de la convention par l'effet d'une décision unilatérale et en dehors de l'intervention du juge. Au travers de la sanction de cette clause, les parties évincent le juge de son prononcé (PI), le juge n'appréciant pas l'opportunité de la résolution intervenue en raison de la clause résolutoire (PII).

PI- L'éviction de principe du juge de l'acquisition de la résolution

159. La saisine du juge dans une action en résolution judiciaire l'amène à prononcer la résolution du contrat. En présence d'une clause résolutoire, il n'est pas de principe que le débiteur accepte d'emblée la résolution intervenue en vertu du jeu de cette clause. Le débiteur a la possibilité de contester ou alors refuser la résolution, ce qui peut l'amener à saisir le juge. Le créancier peut de même saisir le juge. Ainsi, après la résolution du contrat, le créancier peut, par exemple, avoir recours au juge pour obtenir l'expulsion du locataire, de même que la restitution de la chose acquise par le débiteur. Pour appréhender la question de l'éviction du juge de l'acquisition de la sanction du contrat dans laquelle est insérée une clause résolutoire, il convient d'identifier

³⁴¹ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, PUAM 2006, n° 234.

préalablement le juge compétent en la matière (A), avant de préciser le rôle que joue le juge dans la résolution du contrat en vertu d'une clause résolutoire (B)

A- L'identification du juge dont l'éviction est recherchée

160. Le caractère original du mécanisme de la clause résolutoire par rapport à celui de la résolution judiciaire se manifeste sur le terrain procédural³⁴². Il est communément reconnu que l'action en résolution judiciaire est de la compétence du juge du fond. Inversement, l'action en résolution d'une clause résolutoire est généralement portée devant le juge des référés. En d'autres termes, la compétence du juge des référés est conditionnée par l'insertion d'une clause résolutoire³⁴³. La compétence de ce dernier, en matière de clause résolutoire, est d'ailleurs unanimement reconnue par la doctrine³⁴⁴ de même que la jurisprudence³⁴⁵(1). En France, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 juillet 1991, le créancier titulaire d'un droit de résolution par le jeu de la clause résolutoire peut également saisir le juge de l'exécution (2).

1- La compétence du juge des référés en matière de clause résolutoire

161. En droit camerounais, le juge des référés est compétent pour statuer en matière d'urgence et sans contestation sérieuse³⁴⁶. « *En raison de son objet, l'action n'est*

³⁴² C. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ, 1996, n° 257.

³⁴³ L. COULIBALY, « De la juridiction compétente en matière de résiliation de bail commercial », *La Balance, Journal de l'Union des Magistrats Sénégalais, édition spéciale*, août 2002, p. 31.

³⁴⁴ Voir notamment MARTY et RAYNAUD. p. 346, n° 335 ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ 1992 p. 444 n°437, J. BORRICAND ; « La clause résolutoire expresse dans les contrats, *RTD. Civ* 1957, p 455 n°26.

³⁴⁵Cass. Civ 3^e 15 février 1983, B II, n°40, p. 33 ; Cass. Civ 3^e , 18 décembre 1968 *Bull.civ III* n° 564 p 433 ; Cass. Civ 1^{er} 14 décembre 1965 B I n° 708 p.542 ; CH. PAULIN, « La disparition du lien contractuel fondée sur l'inexécution- Mise en œuvre de la clause résolutoire », *Lamy droit du contrat*, n° 460-48 ; M. STORCK, « Contrats et obligations, Obligations conditionnelles, Dérogations à la résolution judiciaires : les clauses résolutoires, *Juris-Classeur civil, FASC. 49-2*, Paris, Editions- Techniques, 1997, n° 109, p. 19 ; J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, 3^{ème}*, LGDJ 1992, n° 607, p.647.

³⁴⁶ « *Le juge des référés est compétent, non seulement pour statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement ou d'un titre exécutoire, mais également pour statuer sur tous les cas d'urgence. Les*

pas nécessairement portée devant le juge du principal. Le juge des référés est traditionnellement compétent pour statuer sur l'application de la clause résolutoire et ordonner l'exécution des restitutions consécutives à la résolution du contrat »³⁴⁷. L'urgence pour les parties de voir l'issue du litige de même que la possibilité d'un dommage imminent, le caractère simple et expéditif de la procédure de référé font qu'il est pratiquement reconnu au juge des référés le pouvoir de statuer en matière de clause résolutoire. Au Cameroun, dans une affaire (Société GETMA Cameroun c/ Société HYDROCAM) le juge Camerounais a précisé comment on peut qualifier une situation d'urgente. En l'espèce, la Société HYDROCAM s'étant prévalue des dispositions de l'article 116 du Code de Procédure civile et commerciale pour tenter de justifier la saisine du juge des référés sans rapporter la preuve de l'urgence. Le juge de la Cour suprême cassa cette décision en dernier ressort en se fondant sur le fait que l'article 182 et suivant du même Code de procédure civile et commerciale camerounais fait de cette urgence « une condition sine qua none pour la compétence du juge des référés »³⁴⁸. Ce même juge continue en précisant que les juges d'appel ont fait une mauvaise appréciation de l'urgence en dénaturant les faits et en considérant que les premiers juges ont considéré péril pressant qu'un état de chose faisait courir alors que, finalement cet imaginaire dommage n'est survenu, toute chose qui écarte la compétence du juge des référés.

Au Sénégal, l'on constate que depuis la publication de la Chronique du feu président COULIBALY, certains juges hors classe de Dakar énonçaient que la clause

questions d'urgence et d'opportunité sont des questions de fait qui relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et échappent au contrôle de la Cour suprême ». C.S.C.O arrêt n°73 du 11 mai 1971 Bull n° 243147.

³⁴⁷Cass. com., 20 nov. 1962, n° 60-12.308, *Bull. civ.* III, n° 472 ; Cass. 3^e civ., 18 déc. 1968, n° 67-11.271, *Bull. civ.* III, n° 564 ; Cass. 3^e civ., 15 févr. 1983, n° 81-11.788, *Bull. civ.* III, n° 40 ; voir cependant n°460-54, sur le pouvoir du juge des référés d'ordonner le maintien du contrat

³⁴⁸ Cour Suprême du Cameroun, arrêt n° 33/Civ du 10 février 2014, Société GETMA Cameroun c/ Société HYDROCAM, 3^e rôle.

de résiliation de plein droit insérée dans les contrats justifie la compétence du juge des référés³⁴⁹, d'autres pensent que cette clause fonde la compétence du juge des référés en matière de bail à usage commercial³⁵⁰, ou que la résiliation de plein droit insérée dans le contrat de bail justifie la compétence du juge des référés³⁵¹. Il ne fait donc pas de doute que le juge des référés est « *naturellement* » compétent pour constater l'acquisition de la clause résolutoire.

L'on note, qu'en présence des clauses résolutoires, le créancier ne demande pas au juge de prononcer la résolution. L'action introduite par ce dernier est une simple action en revendication, en expulsion ou en restitution, ce qui fait que le créancier n'est pas tenu de saisir le juge de fond ; il peut simplement saisir le juge des référés³⁵². L'action du juge des référés en présence de la clause résolutoire est soumise à la condition d'urgence et l'absence d'une contestation sérieuse.

162. L'urgence est la condition sous laquelle le juge intervient dans la clause résolutoire. Cette condition ne fait généralement pas défaut en la matière. Le juge apprécie souverainement l'existence de l'urgence³⁵³. Le juge des référés pourrait également faire abstraction du respect de la condition de l'urgence lorsqu'il est directement saisi par les parties au contrat. En d'autres termes, l'urgence n'est pas nécessaire lorsque le juge statue en application d'une clause lui ayant attribué la compétence³⁵⁴. Ainsi, la compétence du juge des référés est conditionnée par l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat³⁵⁵. Il faut noter, au final, que l'urgence en elle-

³⁴⁹ THRC Dakar, ref n° 227, du 12 Janvier 2009, *inédit*.

³⁵⁰ THRC Dakar, ref n° 3950 du 17 septembre, *inédit*.

³⁵¹ THRC Dakar, ref n° 4163 du 08 octobre 2007, *inédit*.

³⁵² Z. LOUANI, *Le juge et la résolution du contrat*, thèse Lille II, 2001, n°278 p. 345.

³⁵³ Cass. Com 2 mai 1967 *Bull.civ III*, n° 176 p.172 ; Cass. Com 9 décembre 1965 *Bull.civ III*, n° 636 p. 572 ; Cas. Soc 25 mars 1965 B IV n° 268 p. 220.

³⁵⁴ CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, *Pref J.DEVEZE*, n° 258 p. 261.

³⁵⁵ L. COULIBALY, « De la juridiction compétente en matière de résiliation du bail », *La balance, Journal de l'Union des Magistrats Sénégalais*, édition spéciale Aout 2002, p.31.

même est une condition que le juge respecte dans la clause résolutoire contrairement à la nécessité d'une contestation sérieuse.

163. Relativement l'absence d'une contestation sérieuse, il faut noter d'entrée de jeu que quel que soit le juge des référés saisi en matière de clause résolutoire, il ne prend que des mesures qui ne heurtent à aucune contestation sérieuse. Généralement, l'insertion de la clause résolutoire de plein droit dans le bail commercial à titre d'exemple peut être de nature à révéler l'absence de contestations sérieuses et justifier par la même occasion la compétence du juge des référés³⁵⁶. Mais il n'est pas du pouvoir du juge des référés d'ordonner l'exécution de la résolution du contrat lorsqu'elle est contestable³⁵⁷. Le défendeur a la possibilité d'empêcher l'exécution de la résolution en soulevant une contestation sérieuse³⁵⁸. La définition de la contestation sérieuse est souvent imprécise³⁵⁹. Il peut avoir contestation sérieuse lorsque la détermination de l'obligation violée nécessite une interprétation du contrat³⁶⁰. La jurisprudence considère, par exemple, que peut constituer une contestation sérieuse, l'exception d'inexécution fondée sur le manquement du bailleur à réaliser les travaux d'entretien nécessaires³⁶¹. En réalité il y a contestation sérieuse lorsque la question touche le fond du litige, c'est une question qui ne relève pas de l'évidence. Lorsque les conditions de l'intervention du juge des référés ne sont pas réunies, il doit renvoyer les parties à se pourvoir au

³⁵⁶ A. TOURE « Le nouveau visage de l'action en résiliation du bail à usage professionnel dans l'Acte Uniforme portant sur le droit commercial général adopté le 15 décembre 2010 », *Revue de l'ERSUMA*, n°1 juin 2012, n°34, p. 224.

³⁵⁷ *Ibid*, n° 259.

³⁵⁸ Cass. Civ 2. 23 juin 1976

³⁵⁹ Les auteurs adoptent une définition large : H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédures de première instance* t III, 1991, p. 1075 n° 1075. Pour P. BERTIN, Le juge des référés et le nouvel arbitrage, *Gaz.Pal.* 1980, p.15 n°149, la contestation sérieuse est celle que « le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots », pour P. NORMAND, *RTD.civ.* 1979, p.654 « Il existe une contestation sérieuse dès lors qu'il y a une incertitude, si faible soit elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge de fond »

³⁶⁰ Cass. Civ . 3. 4 novembre 1987, JCP 1988, IV, p.14 ; Cass.Civ 3. 22 janvier 1980 Bull.civ, III n°20 p.14 ; Cass. Civ 2. 23 juin 1976 B II n° 206 p. 161 ; Cass.civ I. 14 mars 1970 B I n° 150. P. 21.

³⁶¹ Cass. 3e civ., 30 mai 2007.

principal³⁶². C'est d'ailleurs en faveur de ce dernier argument qu'on considère que l'ordonnance de référé n'acquiert jamais autorité de la chose jugée au principal. Ce qui veut dire que l'ordonnance de référé constatant la résolution de la clause résolutoire n'a pas autorité de la chose jugée. Car, lorsque le juge du fond principal est saisi « *aux mêmes fins* », il peut remettre en question la décision précédente prise par le juge des référés.

164. Cependant, bien que la compétence du juge des référés pour constater l'acquisition de la clause résolutoire soit majoritairement reconnue par la doctrine, en matière de bail, ce n'est toujours pas le cas. Roger PERROT notait déjà en ce sens que « *Il est de règle que, en raison de sa gravité, l'expulsion est subordonnée à des conditions plus rigoureuses que pour les autres mesures d'exécution forcée. Il ne suffit pas de produire un acte authentique, par exemple un commandement de payer contenant une clause résolutoire de plein droit : il faut que le juge compétent ait constaté la réalisation de la clause par une décision passée en force de chose jugée* »³⁶³ Quid donc de la compétence du juge de l'exécution dans un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire ?

2- La compétence du juge de l'exécution en matière de clause résolutoire

165. Le juge de l'exécution est en effet compétent pour statuer sur les difficultés d'exécution d'un titre exécutoire. Il est de même compétent pour ordonner l'exécution de la résolution d'un contrat à la suite de l'application d'une clause résolutoire, conformément aux procédures mises en place par le décret français du 31 juillet 1992. Depuis l'entrée en vigueur de la loi française du 9 juillet 1991, le créancier peut parfaitement saisir le juge de l'exécution afin d'ordonner la mise en œuvre de la

³⁶² Voir en ce sens l'article 185 du Code de procédure civile et commercial camerounais « Les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal ... »

³⁶³R.PERROT, note sous Cass. 3e civ. 2 juill. 2013, n° 12-19.855, F-D : Juris Data n° 2013-013969, *Procédures*, n°12, décembre 2013, comm 338.

résolution et de lui conférer un titre exécutoire. Le juge de l'exécution est concurrencé par le juge des référés. Cette concurrence renforce l'efficacité de la clause résolutoire tout en permettant au créancier de choisir la voie la plus conforme à ses intérêts³⁶⁴.

Il est par exemple possible de saisir le juge de l'exécution d'une requête d'injonction de restituer. L'intérêt pratique de sa saisine dépend des avantages que présente cette voie par rapport à l'intervention du juge des référés³⁶⁵. De même, « *le juge de l'exécution est compétent pour statuer sur l'application de la clause résolutoire lorsque le créancier exerce les saisies-attributions visant à obtenir paiement des sommes consécutives à la résolution du contrat* »³⁶⁶.

B- La réduction du rôle du juge dans le contentieux de la clause résolutoire

166. La clause résolutoire a cette particularité d'être un accord de volonté entre les parties contractantes qui a pour but de contrôler l'intervention du juge dans le contrat. L'on remarque que, contrairement au pouvoir dont dispose le juge dans une clause résolutoire, dans la résolution judiciaire, « *L'appréciation des juges du fond est souveraine, et la Cour de cassation a toujours affirmé qu'il leur appartient d'apprécier selon les circonstances de fait si les conditions de la résolution sont réunies, ainsi que de choisir la sanction appropriée à l'importance de l'inexécution* »³⁶⁷. Autrement dit, si de manière classique, dans la résolution judiciaire, le juge a le pouvoir d'apprécier l'importance de l'inexécution du contrat pour prononcer ou non la résolution, il n'a pas ce pouvoir en présence de la clause résolutoire. Pour dire que la présence d'une clause résolutoire permet, en principe, de soustraire la résolution d'un contrat au pouvoir d'appréciation du juge. Dans ce sens, selon l'article 1228 issu de la récente réforme française portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

³⁶⁴CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, Pref J.DEVEZE, n° 260, p. 265.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶Cass. 2^e civ., 26 nov. 1997, n° 95-18.138, *Bull. civ. II*, n° 284.

³⁶⁷Cass. com., 16 juin 1987, no 86-12.493, *Bull. civ. IV*, no 145.

obligations, « *Le juge peut selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur ou allouer seulement des dommages et intérêts* ». Cet article vient préciser l'objet de l'office du juge. Précisément, en présence d'une clause résolutoire acquise, le rôle du juge se limite au constat de l'acquisition de cette clause. De même, par cette précision, la réforme est la bienvenue. En effet, contrairement à la formule de l'ancien article 1184 qui faisait de la résolution judiciaire le principal mode de résolution des contrats, cet article vient diversifier le choix des parties relativement aux modes de résolutions. Il est vrai que la résolution judiciaire demeure, mais surtout de façon résiduelle, ce sont désormais les hypothèses de résolution unilatérales qui importent³⁶⁸.

167. Lorsque le juge est saisi par une partie pour constater la résolution du contrat intervenue en vertu de la clause résolutoire, il doit vérifier que l'obligation sanctionnée est effectivement prévue par la clause résolutoire. La clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour une obligation mentionnée dans le contrat. Elle ne pourra pas par exemple procéder à la sanction des obligations mise à la charge du preneur commerçant par le statut des baux commerciaux³⁶⁹. Par contre, la sanction est obligatoire si, elle est prévue, indépendamment de la gravité de la faute commise. Bref, si par exemple, l'obligation est prévue au bail, et que sa sanction est visée dans la clause résolutoire, le juge ne peut que constater l'acquisition de la clause résolutoire³⁷⁰.

Le rôle du juge dans la résolution du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire se limite à constater l'existence de la résolution et d'ordonner les mesures permettant son application. Car, « *Une fois que la clause résolutoire a joué et que le contrat est résolu, il reste au créancier, si le débiteur ne s'incline pas de bon gré, à saisir le juge afin de faire constater la résolution et d'en ordonner l'exécution. Contrairement*

³⁶⁸ D. MAINGUY (Dir), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (après l'ordonnance du 10 février 2016), UMR- CNRS 5815 « Dynamique du droit » 2016, n° 237, p. 190.

³⁶⁹ Civ. 3^e, 8 janvier 1985, D. 1985. 236 ; Civ. 3^e, 19 mai 2004, n° 02-20.243.

³⁷⁰ Civ. 3^e, 7 décembre 2004, n° 03-18.144, *Bull. civ.* III, n°224 ; *JCP.E* 2005, 863, n°36, obs. J. MONEGER.

à l'action en résolution judiciaire, l'action en justice consécutive au jeu d'une clause résolutoire n'a donc pas lieu systématiquement, et vise à la « constatation » et non au « prononcé » de la résolution. Il convient alors que, dans l'assignation, le créancier précise que l'action tend à faire constater la résolution. L'emploi du verbe prononcer impliquerait, à l'inverse, l'exercice de la résolution judiciaire, de sorte que le juge ne pourrait statuer sur le jeu de la clause »³⁷¹. La mission du juge est de « reconnaître ou nier la résolution du contrat affirmée par le créancier et contestée par le débiteur »³⁷². Il échoit par exemple au juge, après l'acquisition d'une clause résolutoire insérée dans un bail, d'ordonner l'expulsion du locataire véreux. Le juge contrôle la régularité de la résolution³⁷³, et s'assure de ce que cette résolution a eu lieu conformément au droit et à la volonté des parties³⁷⁴.

Le juge a un rôle relativement neutre dans la résolution du contrat contenant une clause résolutoire. Il tire simplement des conséquences de l'inexécution de l'une des parties de ses obligations en déclarant la résolution du contrat acquise. Car, si le juge intervient pour mettre la clause à exécution, c'est uniquement en vue de constater et non de prononcer la résiliation qui est encourue³⁷⁵. Il n'a en principe aucun pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de la résolution.

PII- La proscription du pouvoir d'appréciation du juge

168. Il convient de relever d'entrée de jeu sans risque de se répéter que la résolution judiciaire est du ressort du juge. En ce domaine, « *L'appréciation des juges du fond est souveraine, et la Cour de cassation a toujours affirmé qu'il leur appartient*

³⁷¹Cass. com., 27 mai 1964, no 60-10.410, *Bull. civ.* III, no276 ; Cass. com., 16 déc. 1963, no 60-12.679, *Bull.civ.* III, no 551

³⁷²CH. PAULIN, *La clause résolutoire*, Pref J.DEVEZE, n° 275 p. 274.

³⁷³ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *op.cit.*, p. 446 n° 442.

³⁷⁴ D. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Les obligations*, t II, sirey, 2^eédition 1989, p.1163 n°1104 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Régime général*, vol.3, Litec 4^e ed., p. 702, n° 1700 ; F.TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., p. 485, n° 637.

³⁷⁵Cass. 3^eciv., 6 juin 1972, pourvoi n° 71-13.211, *Rev. Loyers* 1972, p. 511.

d'apprécier selon les circonstances de fait si les conditions de la résolution sont réunies, ainsi que de choisir la sanction appropriée à l'importance de l'inexécution »³⁷⁶. Dans la résolution judiciaire, le juge apprécie si le manquement est suffisamment grave pour la justifier³⁷⁷. A l'inverse, en présence d'une clause résolutoire, pendant que les parties saisissent le juge le contrat est déjà résolu le juge ne pourrait donc pas apprécier l'opportunité d'une résolution déjà acquise. Pour mieux cerner les contours du pouvoir d'appréciation du juge, il convient de souligner premièrement que le juge ne prononce pas la sanction du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire (A), on ne saurait tout de même pas nier le rôle déterminant qu'il joue en faveur de cette acquisition (B).

A- L'acquisition de la résolution du contrat en dehors de toute intervention du juge

169. Contrairement à ce qui se passe dans la résolution judiciaire, le juge saisi en application d'une clause résolutoire n'a pas à prononcer la résolution. Il en résulte que ses pouvoirs sont réduits par rapport à ceux que l'article 1184 lui confère. S'il doit contrôler l'existence de la résolution, il n'a en revanche pas à en apprécier l'opportunité. Il est de principe que l'anéantissement de la clause résolutoire s'acquiert d'office (1), le juge ne fait que constater l'acquisition de cette résolution (2).

1- L'acquisition d'office de l'anéantissement du contrat

170. Le juge ne prononce pas la résolution du contrat à la suite de l'acquisition d'une clause résolutoire. L'anéantissement de la clause résolutoire se réalise d'office par l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Le recours au juge est en principe écarté de même que son pouvoir d'appréciation. Il faut ici dire qu' « *une résolution s'est effectuée en dehors de lui* »³⁷⁸. La résolution qui résulte de la mise en

³⁷⁶Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, préf. Leveneur L. n° 445-35.

³⁷⁷ Ch. PAULIN, *op.cit.*, n° 279.

³⁷⁸ M. PICARD et A. PRUDHOMME, « de la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, *RTD.civ* 1912, p. 104 ; Ch. PAULIN, thèse préc n° 273 et svt ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*.

œuvre de la clause résolutoire est un mécanisme relativement simple, il suffit que le débiteur n'exécute pas les termes de la clause pour que le créancier puisse invoquer la résolution.

L'acquisition de la résolution du contrat est en effet soumise à certaines conditions. Il suffit, premièrement, que le débiteur n'exécute pas ses obligations à la suite d'une mise en demeure restée sans effet, l'inexécution entraîne le droit de résolution. En effet, la nature même de la clause résolutoire exclut toute intervention extérieure. Par sa réalisation, la résolution s'opère automatiquement, et il est donc incohérent d'avoir recours au juge pour que la résolution se réalise.

2- La constatation de l'acquisition de la clause résolutoire par le juge.

171. Lorsque l'inexécution du contrat dans lequel est inséré une clause résolutoire est prouvée, « *le juge doit seulement se contenter de vérifier la réalité du manquement tel qu'il est décrit au contrat et ne fait que constater, non prononcer* »³⁷⁹ la résolution. La Cour de cassation française rappelle fréquemment cette perte du pouvoir d'appréciation, et les juges ne peuvent, en se fondant par exemple sur le caractère secondaire d'une obligation sanctionnée par une clause résolutoire, refuser de tirer de l'infraction qu'ils constatent, les conséquences imposées par le bail³⁸⁰. De même, si le juge intervient pour mettre la clause à exécution, c'est uniquement en vue de constater et non de prononcer la résiliation qui est encourue³⁸¹.

Dès que l'obligation est prévue au bail, et que sa sanction est visée par la clause résolutoire, le juge n'a pas la possibilité d'écarter la clause et de refuser de constater la résiliation. Et cela même si le locataire est à jour de ses loyers au jour où il statue dès

Les effets du contrat, op. cit., n°601, p.639. ; F.TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op.cit. n° 662, p.652.

³⁷⁹ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J 2007, pref L.LEVENEUR, n°338, p.247.

³⁸⁰Cass. 3°civ., 16 mars 1976, *Gaz. Pal.*, Rec. 1976, somm. p. 134 ; Cass. 3°civ., 19 octobre 1977, *Gaz.Pal.*, Rec. 1978, somm. p. 72.

³⁸¹Cass. 3° civ., 6 juin 1972, pourvoi n° 71-13.211, *Rev. Loyers* 1972, p. 511.

lors que le commandement de payer est resté infructueux pendant un mois³⁸². L'on ne doit pas cependant perdre de vue le fait qu'avant de constater l'acquisition de la clause résolutoire, le juge recherche d'abord les preuves de cette résolution.

La preuve joue en effet un rôle capital dans la résolution. Elle détermine d'ailleurs le succès ou l'échec de la prétention du créancier. Il faut souligner qu'« *en l'absence d'un pouvoir d'appréciation du juge de l'opportunité de la résolution, le litige se résume très souvent à une question de ses conditions* »³⁸³. Il n'existe pas de différence entre les règles de preuve en droit commun et celles qui régissent la responsabilité contractuelle et, par ricochet, applicables à la clause résolutoire. Le créancier doit apporter la preuve de la violation de l'obligation, et le débiteur doit démontrer qu'il n'a pas manqué à ses obligations³⁸⁴.

B- Le rôle régulateur du juge dans la résolution du fait d'une clause résolutoire

172. La clause résolutoire, une fois qu'elle est stipulée dans un contrat, est obligatoire aussi bien à l'égard des parties et du juge. Le juge ne peut que constater son acquisition une fois que l'inexécution d'une obligation prévue par cette clause est avérée. La clause résolutoire reçoit plein effet en cas d'inexécution. Bref, en présence d'une clause résolutoire « *le juge doit s'incliner* ». Son rôle consistera simplement à vérifier l'illicéité (1) et l'imputabilité de l'inexécution (2).

1- La vérification de l'illicéité de l'inexécution

173. La moindre inexécution du débiteur de son obligation ne permet pas l'acquisition de la clause résolutoire. Cette inexécution doit en effet être illicite. La clause résolutoire a pour objet de protéger son bénéficiaire d'un partenaire défaillant.

³⁸²Civ. 3^e, 7 déc. 2004, n° 03-18.144, *Bull. civ.* III, n° 224 ; JCP E 2005, 863, n° 36, obs. J. MONEGER.

³⁸³CH. PAULIN, *op.cit.*, n° 276.

³⁸⁴Cass. Civ. 3. 16 février 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm, p.194 : absence de preuve d'autorisation du bailleur pour l'exploitation d'un commerce de sex-shop ; Cass.com. 6 juin 1962 *Bull.civ.* III n° 307 p.253 : absence de preuve de l'exploitation du fonds de commerce, le bailleur ayant établi le fait que le local est vide.

Son application suppose donc une inexécution fautive de l'obligation³⁸⁵. La résolution du contrat en vertu d'une clause résolutoire ne peut jouer que lorsque l'inexécution du débiteur est illicite³⁸⁶. L'illicéité de l'inexécution est donc l'une des clés préalables à l'acquisition de la clause résolutoire. Le juge doit s'assurer de l'illicéité du débiteur avant de constater la résolution du contrat issue du jeu de la clause résolutoire.

174. L'inexécution est illicite lorsqu'elle transgresse des obligations imposées par le contrat. Cependant, le débiteur peut toujours invoquer des circonstances qui retirent à l'inexécution son caractère illicite. Le débiteur peut, dans un premier temps, invoquer l'exception d'inexécution pour justifier sa propre inexécution. Selon le *Vocabulaire juridique* Cornu, l'exception d'inexécution est une déclinaison française de l'adage latin « *exceptio non adimpleti contractus* » et désigne en réalité le « *refus d'exécuter son obligation opposée, comme moyen de défense au fond, par l'une des parties d'un contrat synallagmatique à son contractant, aussi longtemps que celui-ci n'offre pas d'exécuter la sienne* ». Le socle de l'exception d'inexécution est l'interdépendance des obligations de même que la force obligatoire des obligations. En présence d'une clause résolutoire, le débiteur peut faire valoir l'exception d'inexécution pour empêcher la résolution du contrat. Comme exemple, on peut citer le cas du locataire d'un immeuble dont la destination ne peut être respectée, ce dernier ne risque pas la sanction de la clause résolutoire en suspendant le paiement du loyer. L'exception d'inexécution ne doit pas non plus justifier toute inconduite, c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation n'accepte pas par exemple que le locataire puisse invoquer l'exception d'inexécution lorsque le manquement reproché au bailleur ne prive pas

³⁸⁵Ch. PAULIN, *op.cit.*, n° 111.

³⁸⁶Cass. 3e civ., 7 mars 1972, no 70-13.589, *Bull. civ. III*, n°153 ;Cass. 3e civ., 22 nov. 1989, no 88-15.606, *Bull. civ. III*, no216 ;Cass. 3e civ., 11 mai 1995, no 93-14.039, *Bull. civ. III*, n°115 ;Cass. 3e civ., 10 déc. 1997, no 95-21.072, *Bull. civ. III*, no 217) (Cass. 1re civ., 19 juill. 1965, no 64-10.259, *Bull. civ. I*, n°489 ;Cass. 3e civ., 21 nov. 1990, no 89-16.189, *Bull. civ. III*, n°238 ;Cass. 3e civ., 15 déc. 1993, no 92-12.324, *Bull. civ. III*, no 168, D. 1994, jur., p. 462, note Storck M. ; Cass. 3e civ., 1er mars 1995, no 93-13.812, *Bull. civ. III*, n°60 ; Cass. 3e civ., 15 déc.1999, no 98-15.290, Lamyline.

totale­ment le preneur de la jouissance des lieux loués³⁸⁷. De même, l'exception d'inexécution peut-être spécialement inadaptée, car elle suppose qu'une corrélation soit possible entre deux prestations interdépendantes³⁸⁸.

L'on peut à présent se demander si le juge saisi pour constater l'acquisition de la clause résolutoire peut rester indifférent à la bonne foi du débiteur. Il est de principe que la sanction prévue par la clause résolutoire doit être appliquée même si le débiteur qui n'exécute pas son obligation est de bonne foi. « *Peu importe donc la bonne foi du débiteur, dès lors qu'il commet l'inexécution, la sanction prévue par la clause résolutoire s'applique. Sa bonne foi ; conformément au droit commun, ne justifiant pas sa défaillance* »³⁸⁹. En somme, quelle que soit sa volonté, le débiteur n'a pas respecté les obligations contractuelles, ce qui suffit à entraîner la résolution du contrat.

2- La vérification de l'imputabilité de l'inexécution

175. L'inexécution ne constitue une violation de l'obligation que si elle est imputable au débiteur. Dire que la violation d'une obligation est imputable au débiteur revient à conclure que le débiteur l'auteur de ladite violation. Lorsque ce dernier n'est pas l'auteur de l'inexécution, la clause résolutoire ne lui est pas applicable. Bien plus, l'identification de l'auteur de la rupture d'une relation contractuelle n'étant pas toujours suffisante pour déterminer qui est responsable de cette rupture, le recours à la notion d'imputabilité permettra, bien souvent, d'affiner l'analyse³⁹⁰.

Il faut dire que lorsque pour un fait du créancier³⁹¹ ou en raison de la force majeure, le débiteur n'est pas tenu d'exécuter son obligation, la clause résolutoire ne lui

³⁸⁷ cf. Cass. 3^e civ. 31 octobre 1978, *Bull. civ.* III, n° 329 ; Cass. 3^e civ. 21 novembre 1995, *Administrer* avril 1996, p. 37, obs. Barbier.

³⁸⁸ Ph. BRIAND, « Conditions d'ouverture de l'exception d'inexécution lorsque la rétention porte sur les charges », *AJDI* 2002, p.122.

³⁸⁹ Ch. PAULIN, *op.cit.*, n°80.

³⁹⁰ F.BUY, « L'imputabilité de la rupture d'une relation contractuelle », *Revue Lamy droit civil* 2004,

³⁹¹Cass. civ. 3. 25 février 1971 *Bull.civ.* III n°136, p. 97 ; cass.com 12 janvier 1967, *Bull.civ.* III, n° 30 p.27.

est pas applicable. La force majeure est appréciée strictement par les juridictions. Le caractère imprévisible, irrésistible et extérieur est indispensable et fait obstacle à la clause résolutoire. Par ricochet, la clause résolutoire ne perd rien à son efficacité si ces trois conditions ne sont pas réunies³⁹². L'inexécution étant fortuite, lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la force majeure³⁹³. L'application de la clause résolutoire est donc automatique si le débiteur est à l'origine de l'inexécution, ce qui n'est pas le cas en présence d'une cause étrangère excluant toute imputabilité.

Le juge qui constate l'acquisition de la clause résolutoire doit aussi s'assurer que l'inexécution du débiteur n'est pas imputable au créancier. Le fait du créancier paralyse de même la clause résolutoire. Le créancier ne pouvant demander au juge de constater l'acquisition de la clause résolutoire, alors que lui-même est l'auteur de l'inexécution³⁹⁴. Reste à présent à analyser comment au moyen du contrôle des hypothèses de l'octroi d'un délai-de grâce, une emprise est également exercée sur la clause résolutoire.

SECTION II- L'encadrement des hypothèses d'octroi de délai de grâce par le juge

176. Le délai de grâce renvoie selon le *Vocabulaire juridique* Cornu à tout « *délai supplémentaire raisonnable que le juge peut, par un adoucissement de la rigueur du terme, accorder au débiteur pour s'exécuter, compte tenu de sa situation économique et de la position personnelle du débiteur* »³⁹⁵. Le délai de grâce est une sorte de moratoire,

³⁹²Cass. 3e civ., 20 nov. 1985, no 84-16.225, Bull. civ. III, no 148, *RTD civ.* 1987, p. 317, obs. Mestre J. ; Cass. com., 27 mai 1963, no 62-11.604, *Bull. civ.* III, no 251 ; *adde*, Cass. 3e civ., 13 juin 2007, no 06-13.661, *Bull. civ.* III, no 106, *Défrénois* 2007, art. 38672, note L.RUET : « *ne constitue pas un évènement relevant de la force majeure la prescription par l'autorité administrative de travaux de sécurité, dès lors que ces travaux n'ont été rendus nécessaires qu'en raison de l'adjonction par le locataire d'activités complémentaires à celles contractuellement prévues* ».

³⁹³ Sur la force majeure, v. notamment, P.-H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse (préf. B. Teyssié), LGDJ., 1992 ; C. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Thèse (préf. L. Aynès), Economica, 2011 ; J. MOULY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *R.T.D.Civ.* 2004, p. 471.

³⁹⁴Cass. 3e civ., 15 déc. 1999, no 98-10.474, *Lamyline* ; Cass. 3e civ., 18 juillet. 2000, no 98-22.645, *Lamyline* .

³⁹⁵G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014 2009, v° Délai de grâce.

une seconde chance que le juge accorde au débiteur défaillant pour exécuter l'obligation qu'il doit au créancier. Pour M. Alain SÉRIAUX, la grâce fait exception au droit, à ce qui est juste, elle trouve son fondement dans la bienveillance du magistrat³⁹⁶. En présence d'une clause résolutoire, lorsque les chances d'exécution du contrat apparaissent sérieuses, l'octroi d'un délai de grâce peut permettre d'éviter utilement la disparition du lien contractuel. Il faut dire que l'octroi du délai de grâce est de la compétence exclusive du juge. Ce qu'il convient de rappeler, c'est que bien que l'octroi d'un délai de grâce entraîne des conséquences significatives sur la clause résolutoire (PII), les conditions de cet octroi restent encadrées, ce qui limite considérablement la liberté du juge (PI).

PI- Les conditions d'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire

177. En présence d'une clause résolutoire, le juge a la possibilité d'écarter au moins de façon provisoire son acquisition en accordant au débiteur un délai pour lui permettre d'exécuter ses obligations. En France, le pouvoir du juge d'accorder des délais de grâce a été reconnu par l'ancien article 1244-1 du Code civil, et récemment encore, l'article 1343-5 nouveau du Code civil français issu de l'ordonnance française du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général et de la preuve des obligations, vient confirmer le pouvoir d'accorder le délai grâce dont dispose le juge. Après avoir examiné la conjoncture qui entoure l'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire (A), un accent sera aussi mis sur le fait que ce pouvoir d'accorder des délais de grâce est encadré dans un domaine particulier (B). Toute chose qui réduit considérablement la liberté du juge d'accorder des délais de grâce.

A- Les particularités de l'octroi d'un délai de grâce

178. Dans cette partie, nous nous efforcerons de répondre à la question de savoir si le juge peut mettre en œuvre les pouvoirs qu'il tient des articles 1184, 1244-1 et 1343-

³⁹⁶ A. SERIAUX, « réflexions sur le délai de grâce », *RTD.civ* 1993, p. 791.

5 du code civil pour faire échec au jeu d'une clause résolutoire. En effet, en présence d'une clause résolutoire déjà acquise, le juge peut-il « *faire ressusciter* » le contrat en accordant à la partie défaillante un délai pour exécuter ses obligations ? Pour mieux cerner les réponses à ces questions, nous présenterons la position de principe (1) et les exceptions à cette position de principe (2).

1- Le principe : l'impossibilité d'accorder un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire acquise

179. L'acquisition de la clause résolutoire résulte de l'inexécution du débiteur après toute mise en demeure restée sans effet. La question qu'il faut d'emblée poser est celle de savoir, considérant le fait que la convention a déjà disparu par le jeu de la clause résolutoire au moment où le juge est saisi, peut-il ressusciter le contrat en octroyant un délai de grâce³⁹⁷ ? Sur ce point, la doctrine est partagée³⁹⁸. La réponse à cette question nécessite l'analyse de plusieurs exemples pour mieux la cerner. En effet, s'agissant de la vente, l'article 1656 du Code civil camerounais dispose expressément que, « *S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles que, faute du paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder ce délai.* ». Il ressort clairement de cet article qu'après la mise en demeure du débiteur issue d'une sommation, le juge ne peut accorder de délai à ce débiteur défaillant pour s'exécuter en présence d'une clause résolutoire. D'un autre côté, l'article 1343-5 nouveau du Code civil français va dans le même sens en confirmant le pouvoir dont dispose le juge d'accorder un délai

³⁹⁷ Auparavant le jurisprudence décidait que le juge était dépourvu d'un tel pouvoir : Civ. 10 mars 1919, S. 1920.1.105 ; Civ3^e, 4 juin 1986, *RTD. civ.* 1987. 318, obs. J. MESTRE ; Com. 17 décembre 1991, *CCC* 1992, n° 23, obs LEVENEUR.

³⁹⁸ Relativement à l'octroi au juge d'une telle possibilité v. BENEVENT, n° 292 ; G. PAISANT, « La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet relative aux procédures civiles », *CCC* décembre 1991, p.4 ; contra : J. MESTRE, obs, *RTD. civ.* 1992.764, *RTD. civ.* 1994. 100 ; F. OSMAN, *op.cit.*, p. 80, note 77 ; C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Pref DEVEZE, L.G.D.J 1996, n°198, p. 211.

de grâce au débiteur. Ce qu'il convient de retenir de l'observation de M. François TERRE relativement au délai de grâce c'est que « *Le délai de grâce de l'article 1244-1 du Code civil ne peut être octroyé que par un jugement condamnant le débiteur à exécuter son obligation. Or la mise ne demeure ne saurait s'analyser en une action en exécution forcée et, lorsque le juge est saisi en applications d'une clause résolutoire, c'est afin d'ordonner la résolution du contrat et non l'exécution des obligations.* »³⁹⁹. D'après cet auteur, le juge ne devrait donc pas accorder de délai de grâce en présence d'une clause résolutoire déjà acquise.

180. Lorsque la résolution est définitivement acquise en vertu d'une clause résolutoire expresse, l'octroi d'un délai de grâce peut paraître inopérant pour assurer le maintien de l'obligation initiale. Il faut dire en effet que le fait de stipuler une clause résolutoire de plein droit revient à enlever au juge tout pouvoir d'appréciation quant au prononcé de la résolution. Lorsque les conditions posées par la clause résolutoire sont réunies, la réalisation a pour effet immédiat et irrévocable de mettre fin à la convention liant initialement les parties⁴⁰⁰. Les offres de paiement sont ineffectives une fois que la clause résolutoire produit son effet⁴⁰¹. Les anciens articles 1244-1, 1244-2, 1343-5 et même 1184 du Code civil français ne confèrent nullement au juge le pouvoir de faire revivre un contrat d'ores et déjà résolu. Ces articles lui permettent en réalité de différer seulement, et par hypothèse la sanction qui n'est pas encore intervenue.

En effet, depuis l'arrêt fondateur de la clause résolutoire rendu le 2 juillet 1860, la Cour de cassation prohibe toute intervention du délai de grâce en présence d'une clause résolutoire déjà acquise en ces mots : « *La condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit a pour effet de révoquer l'obligation, si l'article 1244 autorise le juge à accorder un délai au débiteur en retard et si l'article 1184 contient une disposition*

³⁹⁹ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, n° 664, p. 676.

⁴⁰⁰ PH. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires diffèrent l'exécution de l'obligation* ; Thèse Université Jean Monnet de Saint-Etienne, octobre 1996, n° 430, p. 324.

⁴⁰¹ Cass. civ. 3. 13 mai 1969, *Bull. civ.* III ; n° 337, p. 289.

*semblable pour le cas d'exécution du contrat pouvant entraîner la résolution, il n'est cependant pas défendu par convention expresse d'attacher à ce retard et à cette inexécution, constatés dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit »⁴⁰². Les parties présentes à un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire peuvent donc rattacher à leur convention un effet de plein droit. Le juge n'ayant donc pas le pouvoir d'échelonner le contrat déjà résolu en accordant aux parties un délai de grâce. Dans ce sens, Messieurs MAZAEUD et CHABAS relèvent qu'en présence d'une clause résolutoire acquise, « *Le tribunal se borne à constater l'inexécution et la résolution ; il ne dispose d'aucun pouvoir lui permettant de ne pas prononcer la résolution. Le juge n'aurait pas non plus la possibilité d'accorder au débiteur des délais une fois que la clause a joué ; il n'est pas du pouvoir du juge de rétablir un contrat définitivement résolu en dehors de lui »⁴⁰³. L'on comprend, que le juge ne saurait méconnaître l'effet d'une résolution déjà acquise. Dans la même lancée, le 4 juin 1986, la Cour de cassation française réaffirme sa position de principe⁴⁰⁴ dans le cas d'espèce ; un couple avait vendu un fonds de commerce à une société moyennant le versement d'une certaine somme ; le paiement s'effectuant par mensualité, au bout de trois échéances impayées les vendeurs ont demandé et obtenu en première instance la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire qui était stipulée dans la vente. La Cour d'appel reforma le jugement en considérant que, « *c'est à tort que le premier juge a accordé comme excédant ses pouvoirs l'octroi d'un délai par l'application de l'article 1244 du code civil, cet article et les dispositions qu'il contient étant applicables devant toutes les juridictions et pouvant faire échec à la clause résolutoire s'il résulte des circonstances que le créancier touchera son dû sans qu'il résulte pour lui un préjudice, en particulier si les retards sont simplement dus à***

⁴⁰² Cass. civ. 2 juillet, D 1860, I. p. 284.

⁴⁰³ JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, T. II. Sirey 1930, n° 389, p. 186. ; J. CHESTIN et M. BILLAU, *Traité de droit civil*, n° 441, p. 446. ; PH. GESTAZ, *L'urgence et les principes classiques de droit civil*, Thèse L.G.D.J., 1968, n° 200, p. 170.

⁴⁰⁴ Cass. civ. 3. 13 mai 1969. *Bull.civ.* III. n° 377, p. 289, civ; Cass. civ. 3. 4 juin 1986, *Lexilaser version 1.0*, arrêt n° 655, pourvoi n° 84-1090, *RTD.civ.* 1987, p. 316, obs J. MESTRE.

des difficultés passagères de trésorerie et qu'une caution offre les sommes qu'il réclame ». En accueillant le pourvoi formé par les vendeurs contre cette décision, la Cour de cassation cassa la décision de la Cour d'appel de Pau pour violation de l'ancien article 1134 du Code civil. En résumé, il convient de noter que si l'article 1244 autorisait le juge à accorder un délai au débiteur qui n'a pas exécuté son obligation, les effets de la clause résolutoire sont absolus et opèrent de plein droit, le contrat se trouvant résolu, le juge ne saurait accorder un délai pour la faire revivre.

181. Bref, sauf en matière de baux commerciaux, de baux d'habitation et mixtes, les délais de grâce ne sont susceptibles de faire échec à la clause résolutoire que s'ils sont demandés avant que l'inexécution ne se soit produite. Concrètement durant le temps imparti par la mise en demeure. A l'expiration de celle-ci, l'inexécution est réalisée et le créancier devient, par l'effet de la clause résolutoire, libre de rompre le contrat. Une exécution tardive ou l'obtention de délais n'efface pas la faute et ne saurait le priver du droit qu'il a acquis. C'est pour aller dans le même sens qu'une jurisprudence constante a rejeté la demande du débiteur visant à obtenir des délais de grâce postérieurement à l'échéance fixée par la mise en demeure⁴⁰⁵.

182. Ainsi, en conclusion, dès lors que la clause résolutoire est définitivement acquise, soit parce que le juge n'a pas accordé de délais de paiement, soit parce que ceux-ci n'ont pas été respectés⁴⁰⁶, l'article 1134, alinéa 1^{er} du Code civil camerounais et le nouvel article 1103 du Code civil français retrouvent toute leur vigueur. En aucun cas, un juge ne peut s'immiscer dans le jeu du contrat et amoindrir les effets de cette clause. Toutefois, est-ce à dire pour autant que toute tentative de sauvetage du lien contractuel soit inconcevable en présence d'une clause résolutoire acquise ? Cette façon prosaïque de raisonner est complètement dépassée. Elle date d'avant la loi française du 29 juillet 1998, de cette époque où le juge n'était pas encore investi de pouvoirs magiques qui ont

⁴⁰⁵ Cass. 3^e civ., 27 mars 1991, n° 89-18.600, *Bull. civ.* III, n°102 ; Cass. 3^e civ., 15 juin 1994, n° 92-15.555,

Contrats, conc., consom. 1995, comm. n° 2, note LEVENEUR

⁴⁰⁶ Civ. 3^e, 3 déc. 2003, *AJDI* 2004. 374, obs. DUMONT

pour nom « *rétroactivité* »⁴⁰⁷. Jusqu'à cette époque, le juge pouvait intervenir afin d'empêcher la clause de résiliation de produire ses effets, mais seulement si le locataire le lui demandait avant que ces effets ne se produisent⁴⁰⁸. Selon M. Philippe BRIAND, « *Aujourd'hui, le juge n'a plus à subir la frustration que pouvait engendrer cette limitation de ses pouvoirs. Il peut empêcher la clause de produire ses effets, même lorsqu'ils se sont déjà produits !* »⁴⁰⁹. L'acquisition de la clause résolutoire ne prive pas forcément le juge de la possibilité de « *ressusciter* » le contrat qui a disparu. Ceci peut paraître curieux, d'où le ton ironique de M. BRIAND qui consiste à affirmer que « *Comment cela peut-il se faire ? Il faudrait être grand sorcier pour le dire. Tout ce que l'on sait, c'est que le juge, saisi après la résiliation, lance un sortilège dit de statu quo ante (le latin est la langue des sorciers) qui lui permet de remonter le temps jusqu'à la seconde qui précédait la résiliation. Là, il suspend les effets de la clause (qui, dans sa dimension spatio-temporelle, ne se sont pas encore produits), puis il revient au temps présent et, par un envoûtement dont il a le secret, efface de la mémoire des parties contractantes, le souvenir de la résiliation* ».

Il demeure logiquement que le délai de grâce devrait être sollicité avant que la clause résolutoire n'ait produit ses effets.

2- L'exception : la possibilité d'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire non acquise.

183. Le principe de l'exclusion d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire peut être relativisé en présence d'une clause résolutoire qui n'a pas encore joué. On sait que le législateur autorise parfois expressément le débiteur à demander l'octroi d'un délai de grâce avant que la résolution du contrat ne soit acquise. Depuis l'entrée en vigueur des anciens articles 1244-1 et suivants du Code civil français, il nous

⁴⁰⁷ Ph. BRIAND, « Suspension judiciaire des effets de la clause de résiliation pour défaut de paiement des loyers », *AJDI* 2001, p. 344.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

semble que le problème de l'intervention du juge avant l'acquisition de la résolution du contrat soit résolu. Il est vrai que tout peut dépendre de la considération de caractère d'ordre public ou supplétif de ces dispositions. Considéré comme d'ordre public, on doit nécessairement exclure la possibilité d'y renoncer d'avance. L'affirmation du caractère d'ordre public de ces dispositions étant même controversée⁴¹⁰. Mais il demeure que l'article 1244-3 frappe de nullité toute stipulation qui écarterait le pouvoir reconnu au juge d'accorder un délai de grâce⁴¹¹. L'on comprend donc que tant que la résolution du contrat en vertu d'une clause résolutoire n'est pas acquise, l'intervention du juge devrait pouvoir être sollicitée⁴¹².

Dans le prolongement de la même idée, lorsque la clause résolutoire n'est pas encore acquise, le juge dispose d'une grande liberté pour octroyer ou non un délai de grâce. Cependant, l'ancien article 1244-1 du Code civil français l'invitait à tenir compte aussi bien de la « *situation du débiteur* » que « *des besoins du créancier* », car il faut dire en effet que « *la pitié qu'inspire le débiteur ne doit pas faire oublier au juge que le créancier peut avoir lui aussi des raisons personnelles pour obtenir le paiement immédiat* »⁴¹³. Le juge devrait pouvoir donc concilier les deux intérêts en présence. Car privilégier le débiteur en ignorant les intérêts du créancier pourrait créer un déséquilibre entre les parties. La synthèse des deux intérêts en présence est donc capitale. Il demeure toutefois que les pouvoirs du juge dans ce domaine sont limités.

184. Pour conclure sur ce point, nous dirons avec Marie-Eve Pancrazi-Tian que « *Lorsque les parties ont placé leur convention sous le signe de l'urgence, par l'insertion d'une clause résolutoire de plein droit, les juges se doivent d'user avec*

⁴¹⁰ La majorité des auteurs voyant dans ce texte une disposition d'ordre public. V. BAUDRY LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, T II, Paris L.LAROSE 1905, n° 1485 ; BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD. civ.*, 1957, p. 433et svt.

⁴¹¹ ISSA-SAYEGH, *Juriscl. civ.*, art 1235 à 1248, Fasc. 40, n° 33.

⁴¹² M-E PAN CRAZI-TIAN, *la protection judiciaire du lien contractuel*, préf J. MESTRE, PUAM 1996, n°372, p. 311.

⁴¹³ A. SERIAUX, « réflexion sur le délai de grâce », *RTD. civ.* 1993, p. 796.

modération des pouvoirs que leur confèrent l'article 1244-1 et suivant du Code civil »⁴¹⁴ de même que ceux de l'article 1343-5 de la récente ordonnance française portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations . En effet, la suspension du juge de la clause résolutoire ne devrait être envisageable que lorsque les offres de paiement faites par le débiteur sont réellement sérieuses. La volonté de sauvegarder le lien contractuel ne doit pas conduire le juge à abuser de la patience d'un créancier qui a exprimé sa volonté d'être délié de plein droit en cas de défaillance de son débiteur⁴¹⁵.

B- Les conditions de l'octroi d'un délai de grâce en présence clause résolutoire.

185. La pouvoir d'écarter le jeu de la clause résolutoire par l'octroi d'un délai de grâce a été accordée au juge dans certaines hypothèses seulement. Précisément en France, depuis l'entrée en vigueur de la loi n°91-650 du 09 juillet 1991, le 1^{er} janvier 1993, les délais de grâce ne peuvent plus être accordés en dehors des cas où la loi le prévoit spécialement. Le juge doit en effet recevoir expressément du législateur le pouvoir de différer provisoirement l'effectivité de la résolution conventionnelle.

186. En admettant l'institution du délai de grâce, et ce dès 1804, le Code civil français a clairement signifié que le respect de la loi contractuelle avait ses limites et que le juge pouvait bien en considération de la situation du débiteur momifier les échéances conventionnelles⁴¹⁶. L'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire met à mal le principe de la force obligatoire des contrats posé par l'article 1134 du Code civil camerounais. Malgré cela, il n'est plus de doute que les tribunaux

⁴¹⁴ M-E PANCRAZI-TIAN, n° 378, p.314.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTD. civ.* 1987, p.318.

ont un pouvoir souverain pour accorder des délais de grâce⁴¹⁷. Cette solution a été fermement admise depuis longtemps⁴¹⁸.

En matière de vente d'immeubles, seules les clauses résolutoires de plein droit stipulées en faveur du vendeur peuvent voir leur mise en œuvre retardée par l'octroi d'un délai de grâce. L'article 1656 du Code civil Camerounais dispose dans ce sens que, « *s'il a été stipulé lors de vente d'immeuble que, faute de paiement du prix dans le terme convenu la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai ; tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai* ». Il ressort de cet article que la simple échéance du terme ne permet la résolution de la vente, toute chose qui est contraire à l'esprit qui sous-entend toute clause résolutoire. En stipulant une clause résolutoire, les parties espèrent une relation de cause à effet entre l'inexécution et la résolution. L'inexécution du débiteur devrait entraîner la résolution automatique de la clause résolutoire. L'on note que selon cet article 1656 du Code civil, le vendeur doit au préalable mettre en demeure l'acquéreur d'exécuter sa prestation⁴¹⁹ avant que la clause résolutoire ne puisse jouer. Mais toutefois, il demeure que la disposition n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger en attachant à leur clause résolutoire un effet automatique. A titre d'exemple en France, l'article L.261-13 du Code de construction et d'habitation (C.Cons.hab.) dispose que « *nonobstant toute stipulations contraires, les clauses de résolution de plein droit concernant les obligations de versement ou de dépôt prévues aux articles L. 261-10 à L. 261-12 ne produisent effet qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer demeuré infructueux. Le délai peut être demandé pendant le mois ainsi imparti, conformément à l'article 1244 du code civil. Les effets des clauses de résolution sont suspendus pendant le cours des délais octroyés dans les conditions prévues à l'article 1244 du code civil.*

⁴¹⁷ Cour suprême du Cameroun, Aff. NJEMBELE EKALLE PIDDY c/ Consort EYOUM TOUBE Guillaume. CS arrêt n°158/cc du 15 septembre 1983. Revue camerounaise de droit Série 2 n°29, p.248/

⁴¹⁸ Soc. 12 avril 1956, D. 1956, somm. 110.

⁴¹⁹Cass. civ. 15 décembre 1948, D. 1949, jurisprudence. p. 105. Note LENOAN.

Ces clauses sont réputées n'avoir jamais joué si le débiteur se libère dans les conditions déterminées par le juge ». Cette disposition suspend expressément l'acquisition de la clause résolutoire lorsque le délai de grâce est accordé par le juge. Ceci remet considérablement en cause l'efficacité de la clause résolutoire.

Le juge doit-il accorder systématiquement un délai de grâce à tout débiteur défaillant qui le sollicite ? Certainement non, il doit pouvoir faire un tri, de discerner entre les débiteurs ceux qui sont dignes d'intérêt. Quelles sont donc les conditions que doivent remplir ces débiteurs défaillants pour pouvoir bénéficier de ce délai en présence d'une clause résolutoire ? Le Code civil français donne des directives précises au juge pour accorder un délai de grâce au débiteur. Ces directives limitent considérablement la liberté du juge d'accorder ou non un délai de grâce. Ainsi, pour accorder un délai de grâce, le débiteur défaillant doit le solliciter auprès du juge, et ce même juge doit aussi bien tenir compte de la situation du débiteur que des besoins du créancier. Dans le même ordre d'idée l'article 1244 alinéa 2 du Code civil camerounais dispose que « *Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état* ». Le législateur camerounais instruit donc le juge de faire usage de ce pouvoir qu'il dispose pour accorder un délai de grâce « *avec une grande réserve* ». Cette précision est d'une importance certaine en ce sens que l'octroi d'un délai de grâce étant une mesure qui porte une atteinte considérable au principe de la force obligatoire des conventions, le juge devrait en faire usage avec modération⁴²⁰. Toutefois, ce qu'on peut déplorer, c'est que contrairement au Code civil français, le code civil camerounais ne fait aucun cas du créancier qui légitimement peut être atteint dans ses droits du fait de l'octroi d'un délai de grâce.

⁴²⁰ CA Centre arrêt n° 05/civ du 1^{er} octobre 1999 Aff.: BELINGA SORO et autres C/ B.I.C.I.C. *Revue Cam. du Droit des Affaires* n°6 p.16

187. Le juge ne peut accorder d'office les délais de grâce⁴²¹. Le débiteur doit donc réclamer l'obtention d'un délai de grâce afin soit de contrer les effets d'une résolution qui plane sur lui, soit d'échelonner l'exécution de ses obligations qui est devenue exigible. Une fois que le débiteur a sollicité du juge l'obtention d'un délai de grâce, ce juge doit conformément à l'article 1244 alinéa 1 tenir compte de la « *situation du débiteur* ». L'octroi du délai de grâce est jugé comme une faveur⁴²². Bien que l'article 512 du Nouveau Code de procédure civile français énumère les hypothèses dans lesquelles le débiteur ne peut obtenir du juge un délai de grâce, l'on peut tout de même se demander quels sont concrètement les éléments tenant à la situation du débiteur que le juge doit prendre en considération pour octroyer un délai de grâce, en présence d'une clause résolutoire ? Ce qui est un peu gênant, c'est que l'article 1244-1 ne fait pas allusion à ces éléments. On peut donc en déduire qu'il y va de la conscience du juge saisi d'identifier les éléments en faveur qui peuvent conduire à lui octroyer un délai de grâce. Dans un premier temps, la pratique contractuelle démontre que la bonne foi du débiteur peut avoir une influence considérable sur le bénéfice de ce dernier d'un délai de grâce. Par l'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire, le juge récompense indirectement la bonne foi de ce dernier. Le juge donne ainsi une seconde chance au « *débiteur malheureux et de bonne foi* ». L'on peut se demander qui peut être considéré comme débiteur de bonne foi. Selon Elie-joseph. LOKO-BALOSSA « *le débiteur de bonne foi, digne du bénéfice d'un délai grâce, est donc celui qui a toujours tenu ses engagements mais qui, victime des circonstances, ne peut plus exécuter ses obligations alors, ou dolosives, préfère par exemple avertir ses créanciers et mettre éventuellement son patrimoine sous le contrôle de la justice avant que tout son actif ne soit dissipé* »⁴²³. Le juge favorise ainsi le débiteur qui a fait tout son possible pour tenir

⁴²¹Cass. com., 17 juill. 1967, no 66-11.509, *Bull. civ.* III, no296 ;Cass. 3^e civ., 18 mai 2010, n^{os} 09-66.848 et 09-66.856

⁴²² J. ISSA-SAYEGH, « Contrats et obligations », *Juris-classeur civil* 1937, fasc.3. n^o86.

⁴²³ E.J. LOKO-BALOSSA, « L'octroi judiciaire d'un délai de grâce », *RRJ.* 1994-3, p.811.

ses engagements. Contrairement donc, ces faveurs ne sont pas accordées au débiteur de mauvaise foi.

Le juge doit également, en accordant un délai au débiteur de bonne foi tenir compte des « *besoins du créancier* ». Il a été posé comme principe à l'article 1244 du Code civil camerounais que « *le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible* ». Ce qu'on observe, c'est que cet article est venu temporiser ce principe en accordant au juge la possibilité d'octroyer un délai de grâce au débiteur. La Cour de bordeaux⁴²⁴ décide dans ce sens que « *l'octroi d'un délai de grâce ne doit pas nuire* », la Cour de Colmar⁴²⁵ ajoute que « *ce délai doit être octroyé sans compromettre même le paiement des intérêts qui lui sont dus* ». Bien plus, la Cour d'appel de Versailles, en date du 22 février 1996, a clairement précisé que l'octroi d'un délai de grâce au débiteur ne doit pas aller « *... à l'encontre de l'intérêt du crédit bailleur de voir apurer certainement sa dette* »⁴²⁶.

188. Pour donc octroyer un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire, le juge doit concilier les deux intérêts en présence, à savoir aussi bien celui du créancier que du débiteur. Car s'il est des débiteurs malheureux, il existe aussi des créanciers malheureux⁴²⁷. De même, « *il est inadmissible qu'ils (les juges) ruinent les créanciers pour venir en aide au débiteur* »⁴²⁸. Le juge est en effet investi du rôle de comparer les divers intérêts et n'accorder de délai de grâce que si un certain équilibre de la situation du débiteur et du créancier peut être respecté. En sus, bien que l'octroi d'un délai de grâce relève du pouvoir souverain du juge, il n'en est pas moins tenu d'agir avec une extrême prudence, car l'octroi de ce délai de grâce doit être motivé comme le stipule l'article 510 du nouveau code de procédure civil français, alors que ce même juge n'a

⁴²⁴ 30 juillet 1831, Jur. Cén. D, n°774, note 4

⁴²⁵ Cour d'appel de COLMAR, 30 juillet 1850 .

⁴²⁶ Versailles 22 février 1996, Juris-data, n° 041037.

⁴²⁷ E.J. LOKO-BALOSSA, *op.cit.*, p. 813.

⁴²⁸ BAUDRY LACANTINERIE, *op.cit.*, t II, n° 1491.

pas à motiver sa décision de refus⁴²⁹. Reste à présent à analyser les effets que peuvent entraîner l'octroi d'un délai de grâce sur une clause résolutoire.

PII- Les effets de l'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire

189. Mesure individuelle accordée par le juge, le délai de grâce entraîne des conséquences considérables sur la clause résolutoire. En effet, lorsque les chances d'exécution du contrat apparaissent sérieuses, l'octroi de ce délai de grâce peut permettre d'éviter utilement la disparition du lien contractuel. Les effets de l'octroi d'un délai de grâce dans un contrat dans lequel les parties ont stipulé une clause résolutoire sont doubles. La mesure ainsi accordée assure aussi bien le maintien du lien contractuel entre les parties (A), que la suspension des effets de la clause résolutoire (B).

A- Le maintien du lien contractuel

190. Le respect scrupuleux de la loi initialement fixée par les parties peut dans certains cas s'avérer nuisible à la stabilité du rapport contractuel. Il n'est pas surprenant que le juge accorde un moratoire, une seconde chance au débiteur pour s'exécuter en octroyant à ce dernier un délai de grâce. Sans différer l'exigibilité du droit de créance, le délai de grâce affecte seulement la force exécutoire de celui-ci⁴³⁰. Par l'octroi de ce délai de grâce, la sauvegarde du lien contractuel se trouve par la même occasion judiciairement assurée. La sauvegarde du lien contractuel est le but ultime du sursis qu'accorde le juge au débiteur de s'exécuter au moyen d'un délai de grâce. Grâce à l'octroi de ce délai en présence d'une clause résolutoire, le contrat initial est sauvegardé dans toutes ses dispositions et peut continuer de s'exécuter normalement. L'on comprend que le jeu de la clause résolutoire entraînera l'anéantissement du contrat tout entier. Ce qu'il convient de même de souligner, c'est que le maintien du lien contractuel issu de l'octroi d'un délai de grâce est provisoire et conditionné par l'exécution de son

⁴²⁹Cass. 2^e civ., 1^{er} févr. 2001, n° 99-15.712, *Bull. civ. II*, n° 22.

⁴³⁰ E. PUTMAN, *La formation des créances*, Thèse Aix Marseille, 1987, n° 599.

obligation par le débiteur dans le nouveau délai accordé par le juge. A défaut de cette exécution, la clause résolutoire insérée dans le contrat produira ses effets. Si par exemple dans un contrat de bail, le locataire se libère dans le délai et selon les modalités fixées par le juge, la clause de résiliation de plein droit est réputée ne pas avoir joué, dans le cas contraire, il reprend son effet. Le débiteur devrait considérer tout délai de grâce comme une deuxième chance d'exécution de ses obligations que le juge lui offre et l'exploiter à son avantage. Dans l'hypothèse où le débiteur suit à la lettre les prescriptions du juge, la clause ne joue pas et le contrat est sauvé⁴³¹. Lorsque le juge est saisi en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire après l'octroi d'un délai de grâce, ce juge doit donc « *rechercher si (le preneur) ne s'était pas conformé aux dispositions de décisions judiciaires qui lui avaient accordé des délais pour s'acquitter de sa dette en suspendant les effets de la clause résolutoire* »⁴³².

Ainsi, durant le cours des délais, la clause résolutoire ne produit pas ses effets : l'inexécution, autorisée par une décision de justice, ne constitue pas une faute et ne permet donc pas au créancier de résoudre le contrat⁴³³. En revanche, la faute du débiteur est acquise s'il ne s'exécute pas à l'expiration du délai imparti ou si, ayant obtenu un échelonnement des paiements, il ne respecte pas une échéance. La clause résolutoire retrouve alors son emprise et le lien contractuel est par la même occasion rompu.

L'octroi d'un délai de grâce au débiteur permet de maintenir le lien contractuel en échelonnant sa destruction. Si nous prenons l'exemple du bail d'habitation, dans lequel est insérée une clause, l'acquisition de cette clause résolutoire devrait amener à la destruction du contrat de bail. Le délai de grâce permettra sans doute au débiteur de payer ses arriérés. En droit français, conformément à l'article 1243-5 du Code civil, le juge peut reporter ou échelonner le paiement des sommes échues mais non réglées par le débiteur pour une durée maximum de deux ans. L'intérêt pratique d'une telle mesure est certain pour le débiteur très souvent en grande difficulté financière. Toutefois, il

⁴³¹Cass. civ.3, 29 mai 1991, pourvoi n° 90-11194, *lexilaser version 2.0* arrêt n° 975.

⁴³²Cass. civ.3, 6 juin 1991, pourvoi n° 89-20264, *lexilaser version 2.0* arrêt n° 441.

⁴³³Cass. 3^e civ., 4 mars 2009, n° 08-14.557, *Bull. civ. III*, n° 53.

convient de préciser que le délai de grâce n'est accordé que pour dispenser le débiteur du paiement des échéances passées par des échéances à venir. Le débiteur ne saurait arguer du bénéfice d'un délai de grâce pour refuser le paiement des futurs loyers. Dans le même sens, l'article 25 de la loi française du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs dite loi Quillot énonce que « *Les délais et modalités de paiement ainsi accordés ne peuvent suspendre l'exécution du contrat de location et notamment le paiement du loyer et des charges dument justifiées* ». Un autre effet non négligeable de l'octroi d'un délai de grâce, et non négligeable, qu'il convient à présent d'étudier est qu'il entraîne la suspension des effets de cette clause.

B- L'interruption des effets de la clause résolutoire.

191. Le délai de grâce est une véritable mesure de sauvegarde du lien contractuel. La finalité de la clause résolutoire étant de contourner toute intervention judiciaire du contrat en assurant la résolution automatique du contrat en cas d'inexécution du débiteur. Le délai de grâce est un peu « *la mal aimée* » dans une clause résolutoire. Ce délai vient remettre en cause l'esprit qui sous-entend toute insertion d'une clause résolutoire. Car en effet, en l'octroyant, le juge retire à la clause résolutoire le caractère automatique de la résolution. Lorsque le juge octroie le délai de grâce demandé, il donne au débiteur un temps supplémentaire pour procéder à l'exécution de ses obligations, et il suspend corrélativement l'application de la clause résolutoire. L'octroi d'un délai de grâce a donc des effets considérables sur la clause résolutoire.

Le délai de grâce suspend les effets de la clause résolutoire. Elle prive le créancier du droit d'invoquer immédiatement la clause. Pour prendre l'exemple du contrat de bail, pendant tout le cours du délai, les effets de la décision du bailleur sont suspendus de sorte que le locataire continue à jouir du bail, lequel est d'ailleurs maintenu s'il accomplit son obligation⁴³⁴. Pour donc mettre en œuvre la clause résolutoire, le créancier doit attendre l'expiration du délai de grâce impartit au débiteur pour s'exécuter. Encore qu'il faut relever que si le débiteur s'exécute pendant ce délai, la clause résolutoire n'a

⁴³⁴ Ch. PAULIN, *op.cit.*, p.248, n° 242.

plus de raison d'être. C'est lorsqu'il ne s'exécute pas pendant le délai qui lui est imparti que le créancier peut faire valoir la clause résolutoire en saisissant le juge pour constater l'acquisition de cette clause. Pour dire que « *si le débiteur ne sait pas profiter des échappatoires qui lui sont offertes, la loi des parties retrouve son empire, et le contrat est immédiatement détruit en vertu de la stipulation contractuelle. A ce stade, il n'est plus question pour le juge de revenir sur la résolution qui est définitivement acquise au créancier* »⁴³⁵. Dans le cas d'un contrat de bail, si le locataire ne s'exécute pendant le délai octroyé par le juge, la décision du bailleur reprend son effet, et le bail est résilié cette fois irrémédiablement⁴³⁶, le locataire ne pouvant prétendre à de nouveaux délais⁴³⁷. Il convient de noter aussi que durant le cours du délai de grâce, la clause résolutoire ne produit pas ses effets : l'inexécution, autorisée par une décision de justice, ne constitue pas une faute et ne permet donc pas au créancier de résoudre le contrat⁴³⁸. En revanche, la faute du débiteur est acquise s'il ne s'exécute pas à l'expiration du délai imparti ou si, ayant obtenu un échelonnement des paiements, il ne respecte pas une échéance. La clause résolutoire retrouve alors son emprise.

⁴³⁵ Ph. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, Thèse Université de Jean Monet de Saint-Etienne, 1992, n° 495, p. 358.

⁴³⁶ Cass. civ. 3. 10 janvier 1990, *Bull. civ.* III, n° 12, p.7.

⁴³⁷ Cass.civ. 3. 3 décembre 1991, *JCP. E* 1992, I, 149, p. 253, n° 49.3 obs J. MONEGER.

⁴³⁸ Cass. 3^e civ., 4 mars 2009, n° 08-14.557, *Bull. civ.* III, n° 53.

Conclusion chapitre II

192. Pour conclure ce chapitre, il importe de se rappeler qu'il était question de présenter quelques procédés par lesquelles les parties pouvaient contourner l'appréciation judiciaire en cas d'inexécution d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire. Il convient de noter, au final, que si les sanctions de l'inexécution du contrat sont multiples, elles ont presque toutes en commun le fait qu'elles étaient majoritairement des sanctions judiciaires. Cette situation a très tôt suscité des réactions conventionnelles notamment par l'utilisation de la clause résolutoire par les parties. Précisément, suite à l'inexécution par le débiteur d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire, le rôle du juge se limite à constater l'acquisition de cette clause.

193. Ainsi, les parties se passent de toute intervention judiciaire. Car peu enclines à accorder une confiance aveugle au juge, ces parties préfèrent très souvent anticiper la résolution des litiges pouvant naître de la relation contractuelle ou, plus radicalement, les soustraire à la compétence du juge étatique. De même, désireux de limiter les pouvoirs de sanctions des juges du fond, les contractants tentent ainsi de contourner leur appréciation par l'insertion de clause résolutoire.

Pareillement, l'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire est une mesure qui remet véritablement en cause l'efficacité de cette clause. Face à cette menace à l'encontre de la clause résolutoire, les législateurs aussi bien camerounais que français précisent et limitent les hypothèses dans lesquelles le juge peut en faire usage, toute chose qui contribue également à contrôler le pouvoir du juge en ce domaine.

Conclusion Titre II

194. En guise de conclusion à ce titre, il convient de relever que la question de l'aménagement par les parties des pouvoirs du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire a fait l'objet de deux approches à savoir : l'analyse de différentes techniques contractuelles permettant d'aménager les pouvoirs du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire et le contournement de la modération judiciaire. Il était question dans ce titre de répondre à la question de savoir si les parties sont libres d'aménager par convention les pouvoirs dévolus au juge en matière de clause résolutoire, de modifier, d'évincer ou de réduire son office. Il est donc permis de penser que chacune de ces approches propose une analyse satisfaisante des moyens par lesquels les parties peuvent aménager les pouvoirs du juge dans la clause résolutoire.

195. Cependant, il n'est pas superflu de noter que la question à laquelle l'on a essayé d'apporter une réponse dans ce titre conduit véritablement à un renversement de perspective dans l'étude des pouvoirs du juge. Ceci, du fait qu'un intérêt moindre a été porté à leur essor contemporain qu'à leurs limites, précisément aux limites qui peuvent être apportées conventionnellement aux pouvoirs du juge. La pratique contractuelle fourmille en effet de techniques qui ont pour objectif de limiter l'intervention du juge tout en anéantissant le pouvoir d'appréciation qui lui revenait. Par cet aménagement des pouvoirs du juge en présence d'une clause résolutoire, les parties ont la possibilité d'assurer une prévisibilité dans leur convention, de même que d'écarter une part d'incertitude inhérente au jugement du juge.

Conclusion première partie

196. En guise de conclusion à cette première partie, il convient de dire que la sanction contractuelle est traditionnellement conçue comme un domaine réservé au juge. Pourtant, de plus en plus, les parties se voient reconnaître une compétence pour gérer elles-mêmes la sanction d'une inexécution contractuelle. C'est précisément l'objectif visé lorsqu'elles insèrent une clause résolutoire en amont dans un contrat. Il faut également dire que, les solutions prononcées en cas de survenance d'un litige peuvent être une source d'insécurité potentielle pour les contractants, c'est la raison qui justifie le fait que, par des techniques contractuelles particulières, elles se forcent à évincer le juge aussi bien de la formation de la clause résolutoire que de sa mise en œuvre.

197. Les contractants, épris de sécurité juridique, développent un certain pessimisme à l'égard de l'intervention du juge dans la clause résolutoire. Car l'éventuelle incursion de ce juge dans cette clause y enlèverait une marge de prévisibilité. Mais il demeure que ces contractants moins défaitistes ne s'avouent pas toujours vaincus et décident de contre-attaquer toute intervention du juge aussi bien en amont qu'en aval de cette clause. Force est de constater que la pratique contractuelle ne fait pas preuve d'immobilisme et a su développer l'usage de stipulations variées visant, précisément, à encadrer les pouvoirs du juge, autrement dit, à affirmer la maîtrise par les parties de leur contrat.

Les parties soucieuses donc de prévisibilité peuvent donc s'efforcer de limiter l'aléa judiciaire. La clause résolutoire permettant ainsi « *d'éviter aux créanciers les aléas d'une appréciation judiciaire indulgente aux débiteurs et encline aux atermoiements* »⁴³⁹. Une foule de stipulations y contribue. Sans prétendre donc à une quelconque exhaustivité, il est possible, en présence d'une clause résolutoire que dès sa formation les parties précisent que la résolution aura lieu d'office. De même, dans la mise en œuvre

⁴³⁹ J. CARBONNIER, obs. sous C.E., 13 janv. 1950, *RTD.Civ.* 1950, p. 374.

de cette clause les parties contrôlent l'interprétation, la qualification et même la sanction judiciaire.

198. Toutefois, malgré ces précautions, le juge sait tout à la fois se montrer respectueux de la volonté légitime de prévisibilité et de sécurité affichée par les parties soucieuses de garantir le maintien d'une certaine justice contractuelle. Le juge reste ainsi le garant tant de la liberté et notamment de la liberté contractuelle que de la justice. On peut donc se demander si son intervention dans la clause résolutoire ne pourrait pas être salvatrice ?

**PARTIE II- LE CONTOURNEMENT IMPOSSIBLE DU JUGE PAR
LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE**

199. Manifestation du principe de la liberté contractuelle, la clause résolutoire est un mécanisme extrajudiciaire de résolution du contrat. Il est en effet devenu classique de souligner combien la clause résolutoire offre aux parties le moyen de contourner la résolution judiciaire. Une telle éviction ne saurait surprendre. L'office du juge en matière contractuelle a connu de profondes mutations durant le XXe siècle. La conception classique du contrat a largement évolué de la toute-puissance du principe de l'autonomie de la volonté à son effritement. En présence d'une clause résolutoire, le phénomène d'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, pour vigoureux qu'il soit, connaît des limites. En effet, c'est le moment de souligner, qu'en présence d'une clause résolutoire, les juges conservent une marge de manœuvre, puisqu'il s'agit d'« *une captation illégitime d'un mécanisme dont la mise en œuvre devrait leur revenir de droit* »⁴⁴⁰. De la sorte, face à cette clause résolutoire, les juges se tiennent en embuscade, prêt, à ressurgir là où les parties avaient pris le soin de les contourner⁴⁴¹. Certains auteurs iront même jusqu'à conclure que, permettre aux parties de minimiser le rôle du juge, c'est prendre le risque de consacrer la justice conventionnelle de façade laissant libre cours à une justice unilatérale et partielle⁴⁴². En effet, comment décrire d'une autre façon le fait que « *chassé par la porte, il (le juge) revient par la fenêtre* »⁴⁴³ ?

200. Dans l'ensemble, il s'agit dans cette phase de développements de répondre aux questions de savoir : Quelles sont les influences que le juge peut exercer par son office sur la clause résolutoire ? Quel est le rôle que joue le juge en présence d'une clause résolutoire ? Que fait-il exactement ? Il importe d'emblée de relever à cet égard

⁴⁴⁰ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ 2007, n° 338, p. 246.

⁴⁴¹ *Ibid*

⁴⁴² M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible impérium des contractants*, PUAM 2006, n° 445.

⁴⁴³ Y-M. LAITHIER, "comparative reflections on the french law of remedies for the breach of contract", in N.COHEN, E. MCKENDRICK (ed by), *comparative remedies for breach of contract*, Oxford and Portland, Oregon 2005, p. 103.

que, ces préoccupations sont loin d'être bénignes en ce sens qu'elles constituent la base de toute intervention judiciaire dans la clause résolutoire.

La présente partie se propose donc d'apporter quelques lumières sur la réponse à ces questions. Il s'agira de présenter concrètement les voies que le juge use pour intervenir en présence d'une clause résolutoire et l'avantage que représentent ces interventions pour le contrat en général. L'emprise du juge sur la clause résolutoire peut prendre alors plusieurs formes qui se matérialisent différemment (Titre II). Mais pour mieux saisir cette mainmise de l'office du juge sur la clause résolutoire, il importe en amont de bien saisir l'esprit, les fondements que justifient cette intervention (Titre I).

**TITRE I- LES FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DU JUGE
EN PRÉSENCE D'UNE CLAUSE RÉVOCATOIRE**

201. Le contrat est-il encore la chose des parties ? Telle est l'interrogation à laquelle M. Bertrand FAGES a répondu aux journées SAVATIER consacrées à l'évolution contemporaine du droit des contrats⁴⁴⁴. L'on peut légitimement, et par ricochet transposer cette question à la clause résolutoire aujourd'hui, en se demandant : La clause résolutoire est-elle encore la chose des parties. Il n'est pas hâtif de répondre par la négative. En effet, la pratique contractuelle regorge des exemples d'incursion du juge dans la clause résolutoire qui est censée plutôt l'évincer. Le rôle du juge est assez paradoxal dans une clause résolutoire. Le juge doit interpréter, qualifier, contrôler la bonne foi des parties et la mise en demeure dans cette clause. Ce rôle n'est pas très éloigné de celui qu'il assume dans la résolution judiciaire. Dans ce sens, pour Jean DEPREZ, « *Le contrôle judiciaire apparaît comme un minimum, et les clauses résolutoires expresses sont suspectes* »⁴⁴⁵.

202. L'étude des fondements de cette intervention du juge dans la clause résolutoire permettra de saisir avec exactitude la finalité de la présence du juge dans cette clause. Sans prétendre à une quelconque exhaustivité des différents fondements qui peuvent justifier l'intervention du juge dans la clause résolutoire, l'étude de la mission protectrice du juge dans la clause résolutoire (Chapitre I) sera suivie de l'étude de sa mission moralisatrice (chapitre II).

⁴⁴⁴ B. FAGES, « Le contrat est-il encore la "chose" des parties ? », in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, 2003, p. 153 et s.

⁴⁴⁵ J. DEPREZ, « les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1964, t. XVII, p.29.

**CHAPITRE I- L'INTERVENTION FONDÉE SUR LA MISSION
PROTECTRICE DU JUGE**

203. Le contrat a acquis de nos jours une très grande valeur qu'il est devenu impossible de laisser sa totale gestion entre les mains des parties. Nul ne doute aujourd'hui que le contrat n'est plus entièrement « *la chose* » des parties. L'ingérence du juge dans le contrat est devenue légitime, la clause résolutoire n'est pas épargnée par cette réalité. M. Jacques MESTRE s'interrogeait déjà sur les dangers de la prolifération des modes unilatéraux de rupture de contrat en ces mots : « *le droit peut-il rester insensible devant certaines manœuvres unilatérales destinées à rendre plus précaire le lien contractuel ?* »⁴⁴⁶, certainement non. Le juge a développé plusieurs techniques et méthodes pour sauver le contrat des desseins destructifs des contractants. L'automaticité de la clause résolutoire est l'un de ses caractères qui font d'elle un « *danger* » pour la relation contractuelle. En effet, dans un contrat comme celui du bail d'habitation où la rupture est plus douloureusement ressentie par le locataire, l'acquisition automatique d'une clause résolutoire du fait de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations ne viendrait que conforter cette idée. La corrélation automatique entre l'inexécution et la résolution fait la particularité de la clause résolutoire, en même temps qu'elle fait d'elle une clause dangereuse. Elle est devenue une véritable « *arme de destruction massive* » des contrats entre les mains des parties. Soucieux donc de contourner tout anéantissement exagéré des contrats, le juge s'est assigné une mission protectrice en présence d'une clause résolutoire. Il faut aussi noter que la protection contre les effets de la clause résolutoire se fait pareillement en amont par le législateur qui par exemple interdit la clause résolutoire dans certains contrats⁴⁴⁷.

204. Revenir sur la question de la mission protectrice du juge en face d'une clause résolutoire constituera une occasion de faire un état des lieux relatif aux multiples fondements qui justifient l'intervention du juge dans cette clause. Pour faire simple, il

⁴⁴⁶ J. MESTRE, pref. *La protection judiciaire du lien contractuel*, M-E PANCRAZI-TIAN, PUAM 1996.

⁴⁴⁷ C'est notamment le cas où le débiteur est soumis à une procédure collective d'apurement du passif. La clause résolutoire ne joue pas dans ce cadre. Lorsque la cessation du paiement a été judiciairement constatée et une procédure d'apurement du passif ouverte, un créancier ne peut améliorer sa situation en dépit des autres créanciers en par le biais d'une clause résolutoire.

sera question de s'attarder tour à tour sur le fait que le juge intervient généralement dans la clause résolutoire en ayant à l'esprit une finalité de protéger le lien contractuel (Section I) ou de protéger la partie faible au contrat (Section II).

Section 1- La protection fondée sur la préservation du lien contractuel

205. La clause résolutoire légalement formée est destinée à être exécutée afin de ne pas décevoir ni troubler le créancier. Son acquisition du fait de l'inexécution du débiteur est donc la voie normale pour faire disparaître le contrat dans lequel elle est insérée. Le juge ne reste cependant pas indifférent et c'est à ce niveau que s'illustre l'effort de ce juge pour assurer la survie du contrat. La pratique contractuelle démontre que face à la menace de disparition du contrat que peut représenter la clause résolutoire, une partie peut saisir le juge pour refuser « l'acquisition » de cette clause ou alors, le juge peut s'autosaisir lui-même. Il demeure que, quel que soit le chemin par lequel le juge est saisi en présence de la clause résolutoire, le fondement de son intervention réside dans le fait qu'il désire protéger le contrat en raison de la valeur qu'il a acquise (Paragraphe I), ou alors de protéger le lien contractuel en raison de la menace de sa disparition que peut représenter une clause résolutoire (Paragraphe II).

P I- Les objectifs de la protection du lien contractuel

206. Traditionnellement, le contrat apparaissait comme un moyen donné aux parties d'exercer une réelle emprise sur l'avenir, de prévenir le surgissement de l'imprévisible ou même le simple changement de volonté. Aujourd'hui, bien que l'on continue souvent à enseigner l'immutabilité de ses termes, on assiste dans le même temps à la multiplication des signes qui amènent à considérer le contrat autrement, d'où la nécessité de la protéger. Ainsi, concrètement en présence d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire, le juge protège le lien contractuel contre les clauses résolutoires abusives (A), il assure cette protection en vue d'assurer la pérennité du lien contractuel (B).

A- La protection du lien contractuel contre les clauses résolutoires abusives

207. La question à laquelle il importe de répondre dans cette partie est celle de savoir : le juge doit-il maintenir la clause résolutoire et son contenu, malgré qu'elle paraisse injuste ? Ou alors peut-il s'immiscer dans le contrat déséquilibré du fait d'une clause résolutoire ? Mais surtout dans quelles mesures la force obligatoire du contrat permet-elle au juge cette immixtion ? Pour répondre à ces questions on présentera le fait que le juge réprime l'illicéité dans une clause résolutoire en ce sens qu'il lutte efficacement contre les clauses résolutoires abusives (1), de même qu'il dispose d'un pouvoir autonome pour apprécier ces clauses abusives (2).

1- La notion de clause résolutoire abusive

208. La clause résolutoire, manifestation de la justice privée en matière contractuelle peut dans certaines hypothèses être considérée comme abusive. Avant tout développement, il convient d'identifier ce qu'il convient d'entendre par clause résolutoire abusive. La clause résolutoire ne figure pas dans les listes noires et grises figurant aux articles R. 132 et R. 132-2 du code de consommation français. En réalité, par ses seules finalités, la clause résolutoire ne peut pas être considérée comme abusive ; elle le devient lorsque par sa modalité ou sa condition d'application elle met le créancier en mesure de décider de la rupture du contrat sous prétexte de la plus légère inexécution⁴⁴⁸.

La clause résolutoire est considérée comme abusive lorsque par exemple, si en exerçant son droit de rupture, le créancier viole la loi, sa décision devient inefficace et il commet un abus de droit. De même, pour être abusive, la clause résolutoire doit déséquilibrer le contrat de manière significative au profit du créancier. Il importe de préciser que c'est plus sur le contenu que sur l'origine de la clause résolutoire que porte

⁴⁴⁸ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, n° 56, p. 59., Civ 1^{re}, 8 novembre 2007, *JCP.E* 2008.I.104, n° 12 obs. GROSSER.

l'appréciation du caractère abusif⁴⁴⁹. Ainsi, le juge doit tenir compte de l'objectif pour lequel le créancier exerce son droit et doit rendre cette volonté de rupture du contrat inefficace lorsque cet objectif est détourné⁴⁵⁰, le juge procède donc à un contrôle des mobiles qui amènent le titulaire du droit à en faire usage⁴⁵¹. La clause résolutoire est de même abusive lorsque le créancier cherche à profiter de la résolution ou rompt le contrat sous prétexte d'une inexécution. Le créancier fait dans ces conditions usage de la clause résolutoire qui a normalement pour finalité de le protéger d'un débiteur défaillant pour procéder à la rupture d'un contrat qui ne lui convient plus. Dans la même lancée, lorsque le créancier utilise le droit qu'il tient de la clause résolutoire à d'autres fins que de se libérer du débiteur en raison de sa défaillance, il commet un abus de droit.

209. La clause résolutoire n'est pas sans danger pour le débiteur car, souvent stipulée dans un contrat d'adhésion, elle peut également être l'expression d'un abus de puissance de l'un des contractants sur l'autre. Ainsi, le juge n'hésite pas à paralyser le jeu d'une clause résolutoire lorsque le créancier a délibérément attendu une période d'absence ou de vacance de son débiteur pour le sommer d'exécuter⁴⁵². Le juge se charge donc d'épurer le contrat de ce genre de clause qui souvent privilégie seulement une des parties. Il faut dire en effet que, le créancier doit faciliter l'exécution de la clause résolutoire à son cocontractant, le fait pour le créancier de constituer lui-même un obstacle à l'exécution du débiteur est constitutif d'un abus ce qui justifie la paralysie de la clause résolutoire par le juge.

En effet, sans être intrinsèquement condamnable, la rupture de la clause résolutoire peut devenir abusive en raison des circonstances qui entourent sa mise en œuvre. Dans ce sens, et à titre illustratif, la décision de rupture du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire ne doit pas être confidentielle. La confidentialité dans la rupture du contrat peut consister en l'absence d'usage d'une mise en demeure. La

⁴⁴⁹ *Op cit.*, n° 51, p. 57.

⁴⁵⁰ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, ECONOMICA 1984, p. 97 n° 149.

⁴⁵¹ Cass.civ.3^e . 11 mai 1976, *D* 1978, 269, note J.J. TAISINE.

⁴⁵² Caas.civ. 3^e , 16 octobre 1973, *Bull. III*, n° 359, *RTD.civ.* 1974, p.832, obs CORNU.

mise en demeure constituant une sorte de préavis et d'avertissement d'une possible rupture. Le créancier ne doit pas rester insensible au débiteur. Il doit lui laisser un laps de temps raisonnable pour s'exécuter. À défaut, la mise en œuvre de cette clause résolutoire sera considérée comme abusive. À titre d'exemple, il se trouve que les clauses résolutoires insérées dans le contrat de crédit à la consommation à l'initiative des prêteurs constituent un véritable vivier de clauses abusives⁴⁵³. Dans ce type de contrat, la clause résolutoire a « *pour objet de permettre au prêteur, lorsqu'un événement survient dans la situation financière ou personnelle de l'emprunteur, de résilier le contrat et, dès lors de prononcer la déchéance du terme, l'autorisant à réclamer immédiatement à l'emprunteur la totalité des sommes dues au principal* »⁴⁵⁴. Pour dire qu'en présence d'un contrat de crédit de consommation, la clause résolutoire aggrave en quelque sorte la situation de l'emprunteur en ce sens qu'elle permet de rendre immédiatement exigible la totalité de la somme restant due par l'emprunteur. Il arrive parfois même que dans ce type de contrat, que la clause résolutoire prévue joue en cas de modification de la situation professionnelle de l'emprunteur ceci est dans tous les cas assez surprenant en raison de l'abus qui peut en découler.

210. La détermination du caractère abusif de la clause résolutoire par le juge présente en réalité un intérêt pratique considérable. Elle permet d'épurer en effet le contrat de toute entorse que pourrait lui causer toute clause abusive. Selon une interprétation, il existe une présomption d'abus toutes les fois où la clause résolutoire a pour objet de déroger aux dispositions légales supplétives. Toutefois, il est assez excessif de réputer une clause abusive pour la seule raison qu'elle écarte une disposition supplétive. En France, les tenants de la conception de l'interprétation selon laquelle la clause résolutoire est abusive parce qu'elle déroge à une disposition supplétive se fondent sur la recommandation de la commission des clauses abusives qui précise que sont abusives, les stipulations visant à interdire l'action en justice aux

⁴⁵³ G. POISSONNIER, « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit de consommation », *D* 2006, p. 370.

⁴⁵⁴ J.-P. TRICOT, note sous Cass 1^{re} civ. 23 novembre 2004, *D*. 2005 Jur p. 443.

consommateurs⁴⁵⁵. Raisonner en ces termes c'est ignorer les autres finalités de la clause résolutoire. La clause résolutoire n'a pas pour seule finalité de contourner la résolution judiciaire. Elle est également une puissante incitation au respect des engagements contractuels. Dans tous les cas, il faut rechercher l'abus dans la clause résolutoire ailleurs que simplement dans le fait qu'elle permet de contourner la résolution judiciaire du contrat. Ceci dit, le juge ne ménage pareillement aucun effort pour neutraliser les effets d'une clause résolutoire abusive.

2 – Les pouvoirs du juge face à la clause résolutoire abusive

211. Le juge n'est pas insensible aux déviations que peut prendre une clause résolutoire insérée dans un contrat. Face à cette catégorie de clause, le juge la révisé, la contrôle et amenuise ses effets. C'est dans ce sens que M. Loïc CADIET affirme que « *Le juge du contrat n'est plus le spectateur passif de la querelle contractuelle, prisonnier d'un prétendu principe de l'autonomie de la volonté qui lui impose de respecter les termes de la convention et lui interdit de modifier le contenu, fût-ce, pour rétablir entre les parties, un équilibre injustement rompu* »⁴⁵⁶. Le juge dispose d'une grande liberté pour apprécier les clauses résolutoires qui sont jugées abusives. En France, même si la commission des clauses abusives lui donne des directives relativement à ce sujet, il n'est pas tenu de les respecter en ce sens que ces directives n'ont qu'une valeur indicative. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas cessé de manifester son souci de contrôler toute qualification des clauses résolutoires abusives donnée par les tribunaux. Une fois que le caractère abusif d'une clause résolutoire ne fait pas de doute, cette clause s'expose à des sanctions. À ce moment, « *le juge prend la liberté de s'ériger en garant du civisme contractuel et de s'arroger le droit d'interdire une clause considérée comme illicite, même en l'absence de texte* »⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ G. CAS et R. BOUT, *Lamy Droit économique*, 1196, p. 1507, n° 4333.

⁴⁵⁶ In, *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI^e siècle*, L.G.D.J., 2001, p. 181.

⁴⁵⁷ V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP.G.*, n° 28-29, p. 315.

212. Il convient de souligner de même que, la sanction de la clause résolutoire abusive peut consister soit en sa suppression des modèles de contrats ou de sa nullité. En effet l'article 421-6 du Code de la consommation français donne aux consommateurs la possibilité de recevoir du juge « *la suppression des clauses abusives dans le modèle des conventions habituellement proposées par les professionnels aux consommateurs* ». Cet article confirme l'hostilité du législateur à l'égard des clauses abusives en général. Le législateur camerounais adopte relativement la même position s'agissant des clauses abusives. Dans le même sens l'article 4 de loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun dispose que : « *Les pratiques commerciales inéquitables, restrictives ou anticoncurrentielles, ainsi que les clauses abusives des contrats et de consommation, doivent être réglementés et contrôlés et, autant que faire se peut, interdits dans tous les contrats et transactions auxquels la présente loi s'applique* ». Les clauses abusives déséquilibrent généralement les intérêts de la partie faible (consommateur), c'est la raison pour laquelle le juge dispose du pouvoir de les supprimer des modèles de convention.

213. La clause résolutoire encourt aussi un autre type de sanction qui peut consister en la nullité de cette clause. En France, l'article L. 132-1 du Code de consommation dispose que « *les clauses abusives sont réputées non écrites* » Il est donc clair que la nullité de la clause résolutoire abusive doit être prononcée à chaque fois qu'elle présente un caractère abusif et ce, quelle que soit l'infraction commise par le consommateur⁴⁵⁸. Mais toutefois, il convient d'apporter cette précision selon laquelle le juge n'a pas le pouvoir de sanctionner comme abusive une clause résolutoire dont le législateur ou le pouvoir règlementaire a affirmé la validité.

Au Cameroun, la loi cadre portant protection du consommateur sanctionne également de nullité toute clause abusive qui préjudicierait aux intérêts du créancier. C'est dans ce sens que l'article 5 de cette loi énumère les hypothèses dans lesquelles certaines clauses contractuelles peuvent être considérées comme nulles en ces

⁴⁵⁸ CH. PAULIN, *op.cit.*, n° 60, p. 64.

termes : « Sont nulles, les clauses contractuelles qui : Exonèrent, excluent, réduisent ou limitent la responsabilité des fournisseurs ou des prestataires de services pour les défauts, déficiences ou inadéquations de toutes sortes dans la technologie, le bien fourni ou le service rendu ; impliquent la perte des droits et libertés garantis au consommateur ou en limitent l'exercice ; créent des termes ou conditions contractuels injustes, déraisonnables, inéquitable, répressifs ou qui retournent à la responsabilité du consommateur des défauts, les déficiences ou inadéquations non immédiatement apparent ; imposent une clause d'arbitrage unilatérale. Les clauses contractuelles mentionnées à l'alinéa 1 ci-dessus peuvent être d'office déclarées nulles par la juridiction compétente ». Les clauses résolutoires abusives rentrent parfaitement dans ces énumérations faites par le législateur camerounais et cette énumération met le débiteur à l'abri de tout abus dont il pourrait être victime de la part du créancier. Le juge n'est pas également insensible à la destruction massive des contrats qui résultent de l'acquisition de la clause résolutoire. C'est la raison pour laquelle il intervient également dans la clause résolutoire pour assurer la pérennité du contrat.

B- La garantie de la sécurité juridique par la protection du lien contractuel

214. La force obligatoire du contrat repose sur les principes de justice et de sécurité juridique. L'on n'est sans ignorer qu'assurer la sécurité juridique dans les contrats revient, d'un côté, pour chacune des parties à respecter ses engagements, et, d'un autre côté, pour le juge à ne pas s'immiscer dans le contrat. C'est principalement la raison pour laquelle l'intervention du juge en présence d'une clause résolutoire rencontre des oppositions. Selon certains auteurs, « *Il serait extrêmement dangereux de laisser le contrat à la discrétion du juge ; intervenant avec son sentiment personnel de l'équité et de l'intérêt général, il ruinerait le contrat, et mettrait en péril l'économie tout entière en supprimant la sécurité dans les rapports contractuels* »⁴⁵⁹. Ce point de vue est assez contestable de nos jours. L'intervention du juge se révèle plutôt salutaire pour

⁴⁵⁹ H, L, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, éditions Montchrestien T2 vol 1.

la stabilité des conventions et précisement de la clause résolutoire. Le juge est devenu, plus que jamais, celui qui de nos jours assure plutôt la sécurité dans les clauses contractuelles. Il ne fait donc plus de doute qu'avant, le législateur était censé remettre en cause le concept de contrat⁴⁶⁰, aujourd'hui, c'est le juge qui l'a relayé⁴⁶¹.

Le juge assure donc la sécurité dans les contrats en contrôlant la destruction massive de ces contrats qui peut naître de l'acquisition d'une clause résolutoire. C'est le lieu de relever encore que l'acquisition de la clause résolutoire a pour principal effet d'entraîner l'anéantissement du contrat. Cet anéantissement est automatique, toute chose qui représente un réel danger pour les contrats. Toutefois, l'on ne devrait pas perdre de vue les revers de cette intervention accrue du juge dans la clause résolutoire en vue d'assurer la sécurité juridique. Car en effet indéniablement, ces pouvoirs judiciaires, nombreux et considérables, ont toutefois un prix : ils affaiblissent la force obligatoire des contrats et la stabilité contractuelle et ils déjouent les attentes légitimes des parties.

Désormais, les contractants sont moins sûrs qu'un jour, un juge ne viendra pas modifier ou supprimer une clause de leur convention⁴⁶². La présence trop accrue du juge dans la clause résolutoire pourrait faire craindre le risque d'arbitraire de ce dernier. Mais, il demeure que, ces inconvénients sont négligeables par rapport à l'assurance de la sécurité qui peut naître de la présence du juge dans les clauses résolutoires. Le juge vérifie si les conditions de la mise en œuvre de la clause résolutoire sont réunies, il veille ainsi à ce que le créancier n'ait pas mis en œuvre arbitrairement la clause résolutoire.

⁴⁶⁰ Ph. REMY, « Droit des contrats : questions, positions, propositions », *Le droit contemporain des contrats*, (dir.L. Cadiet), Economica, 1987, n°4, pp.271-272.

⁴⁶¹ D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations sur un couple " illégitime" », *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p.235 et s.

⁴⁶² P-G. JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans les contrats », *Cahiers de droit*, Vol. 47, n° 1, mars 2006, p.10.

215. En France, l'esprit qui a sous-tendu la récente réforme issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 était celui de renforcer la sécurité juridique dans les conventions. Ce renforcement s'est concrètement réalisé par l'élargissement des pouvoirs du juge dans les contrats. Les devoirs tels que celui de respecter la bonne foi, de même que celui d'assurer la liberté et la sécurité contractuelles sont désormais traités comme des principes fondamentaux du nouveau droit des contrats. Il est bien vrai que contrairement à cela, certains auteurs pensent que le juge serait plutôt un bien mauvais acteur de la sécurité juridique, un juge imprévisible qu'il faut à tout prix cantonner et « encadrer », à défaut de pouvoir lui retirer un bloc de contentieux⁴⁶³. Ces points de vue ne remettent cependant pas en cause le fait que, laissée à la merci des cocontractants et sans intervention du juge, la clause résolutoire représente un réel danger pour le contrat lui-même de même que pour les cocontractants.

P II- La protection du lien contractuel en raison de la menace de disparition du contrat

216. Le souci du juge d'assurer la protection du contrat menacé de disparition ébranle certains aspects classiques de la liberté contractuelle, mais elle assure le renforcement de la justice contractuelle que l'intervention du juge garantit. Le principe est aujourd'hui bien connu: dès lors que la volonté des parties peut conduire à des abus, le juge doit pouvoir corriger les déséquilibres, au point un auteur a pensé que la détermination du contenu du contrat⁴⁶⁴ pourrait devenir le « fruit d'une œuvre collective »⁴⁶⁵ du juge et des parties.

⁴⁶³ Ph. BRUN, « rapport de synthèse sur le colloque », *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *Revue des contrats* 2016, n° 2.

⁴⁶⁴ Sur le contenu du contrat, v. art. 1162 à 1171 Code civil français, issus de l'ordonnance du 10 fév. 2016

.

⁴⁶⁵ D. MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur "le nouveau monde contractuel" », *PA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47.

L'un des effets qui découle de l'acquisition d'une clause résolutoire est qu'elle entraîne la résolution automatique du contrat. Cette automaticité peut cependant faire craindre l'arbitraire.

En Afrique, sur le plan communautaire, l'avant-projet d'acte uniforme (bien que avorté) sur le droit des contrats n'était pas en reste. La protection du lien contractuel contre toute résolution abusive innervait cet avant-projet. Car en effet, les difficultés d'exécution susceptibles de compromettre la survie du lien contractuel sont multiples et lourdes de conséquences. Par conséquent, les prévoyances de l'avant-projet à cet égard sont à la mesure des conséquences redoutables. Pour revenir à la clause résolutoire, le juge garantit la protection du lien contractuel contre la clause résolutoire pour assurer sa pérennité (A). Il devient alors fort important de tabler concrètement sur les instruments que le juge utilise pour assurer cette protection (B).

A- La protection du lien contractuel en vue d'assurer sa pérennité

217. Il ne fait point de doute qu'une fois que le lien contractuel est formé au travers de l'insertion d'une clause résolutoire dans le contrat, ce lien dispose d'une force contraignante aussi bien pour le créancier qui doit respecter ses obligations que pour le débiteur qui doit faire pareillement. Cette force contraignante de la clause résolutoire n'est cependant pas sans limite, le juge pouvant prononcer la résolution après contrôle des conditions d'acquisition de la clause résolutoire (1). Plusieurs fondements justifient cette attitude du juge (2).

1- La réticence de la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire par le juge

218. La pratique contractuelle démontre que la clause résolutoire peut avoir certains revers pour la préservation du lien contractuel. En effet, cette clause a souvent pour conséquence de rompre l'égalité qu'assure l'article 1184 du Code civil entre les contractants, le juge n'est plus arbitre de la résolution, la sanction est laissée à la discrétion du créancier. Cette clause supprime la protection que représente pour le

débiteur le mécanisme de la résolution judiciaire. C'est principalement le motif pour lequel le juge tente toujours, dans le but de protéger le lien contractuel, de récupérer les pouvoirs qui lui étaient jadis retirés par les contractants. La jurisprudence a toujours montré une réticence à l'égard de la clause résolutoire. Cette réticence envers la clause résolutoire se manifeste souvent par le maintien de la relation contractuelle lorsque la clause résolutoire a été mise en œuvre de façon illicite. Le maintien forcé du contrat dans ces conditions « *constitue une réponse efficace à la violation de prescriptions légales impératives, violation qui peut prendre la forme de clauses illicites insérées dans le contrat ou qui se manifeste par le non-respect de dispositions impératives. Le maintien du contrat assure une stabilité du contrat tout en préservant une cohérence d'ensemble* »⁴⁶⁶.

Le respect du lien contractuel interdit à une partie de prendre le prétexte du moindre écart de son cocontractant pour estimer acquise la clause résolutoire et demander au juge de constater l'acquisition de cette clause. Il ne fait pas de doute que, lorsque le juge est saisi d'une demande de constatation de l'acquisition de la clause résolutoire, et que toutes les conditions d'acquisition de cette clause ne sont pas remplies, il doit rejeter la demande du créancier. Ceci étant, bien que ces juges jouissent d'une grande liberté d'appréciation en présence d'une clause résolutoire, ils se montrent respectueux du lien contractuel et des intérêts qui s'attachent à son maintien. Mais toutefois, il demeure que le juge doit en effet veiller « *à débarrasser le circuit économique des mécanismes morts et favoriser la survie de ceux qui peuvent encore jouer leur rôle, sans pour autant faire la part trop belle au débiteur, ni causer une gêne excessive au créancier déjà victime des attermoissements de son partenaire* »⁴⁶⁷.

Le juge doit donc chercher le juste équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. L'on n'est pas sans ignorer d'un autre point de vue que la destruction du

⁴⁶⁶ M-A RAKOTOVAHINY, « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *Petites affiches*, 03 août 2011 n° 153, n° 16.

⁴⁶⁷ J. DEPREEZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles n droit civil et commercial français », *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t XVII, p. 29 et s.

lien contractuel peut rejaillir sur les tiers. Le contrat a de nos jours un rayonnement qui va au-delà des parties elles-mêmes, ce qui sans doute peut constituer un argument favorable à la préservation de ce lien contractuel. De même, l'évolution contemporaine du droit des contrats a conduit à penser que le contrat est un habit juridique qui sert de finalité économique de sorte qu'il doit être maintenu tant que l'opération économique qu'il soutient est encore viable ou utile⁴⁶⁸.

Le juge reste donc maître du constat de l'acquisition de la clause résolutoire et c'est précisément sur ce terrain qu'il tente de récupérer les pouvoirs que les parties lui avaient déniés. Cette récupération des pouvoirs du juge a pour finalité de préserver le lien contractuel tout en assurant la pérennité du contrat lui-même. Toutefois, on peut se demander si cette obstination du juge à préserver le lien contractuel n'entraîne pas à la longue la déresponsabilisation du débiteur ? Car à force de protéger le lien contractuel, le juge fini par favoriser la mauvaise foi du débiteur. Au final, à force pour le juge de se montrer protecteur et pallier à la toute-puissance du créancier, on risque d'entraîner celle du débiteur⁴⁶⁹.

219. Au demeurant, la question de l'admission du pouvoir modérateur du juge dans la clause résolutoire en vue d'assurer la protection du lien contractuel divise encore. La clause résolutoire ne saurait évincer totalement toute intervention du juge. Le contrôle du juge est d'ailleurs salutaire pour cette clause vus les effets automatiques de la résolution qui découlent de sa mise en œuvre.

2- Les justificatifs de la réticence du juge contre les effets de la clause résolutoire.

220. L'une des caractéristiques particulières de la clause résolutoire réside dans le qu'elle fait dépendre la résolution de l'inexécution du contrat. Cette relation de cause

⁴⁶⁸ E. NSIE, « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente », *Penant* 2005, p. 101.

⁴⁶⁹ L. HOUNBARA KAOSIRI, « Les interférences processuelles de la Loi-cadre n° 2011/012 du 6 mai 2011 portant protection du consommateur au Cameroun », *RRJ* 2016-2, p. 934.

à effet qui existe entre la résolution et l'inexécution fait qu'à un certain moment, la clause résolutoire devient dangereuse pour le contrat en ce qu'elle entraîne sa destruction systématique et rapide. Dans ces conditions, « *Le contrôle judiciaire apparaît comme un minimum, et les clauses résolutoires expresses sont suspectes* »⁴⁷⁰. Le juge intervient ici pour protéger le contrat de tout risque de destruction automatique et par ceci, il assure la pérennité du contrat. Il faut en effet dire que, le maintien du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire implique que le contrat en tant que lien juridique ou acte juridique soit maintenu dans un état « *quasi identique* » à celui que les parties connaissaient avant l'avènement d'un événement particulier. En outre, le maintien garantit un minimum de stabilité et de pérennité de la relation contractuelle. Mais ce maintien forcé, au-delà d'une stabilité de la relation, peut également être envisagé comme une sanction à l'égard du comportement d'une des parties. Précisément, maintenir le contrat peut être le revers d'un comportement fautif d'un des contractants qui aurait souhaité voir anéantir le contrat pour se désengager de ce lien⁴⁷¹. Dans cette hypothèse-là, le maintien du contrat par le juge apparaît donc comme une sorte de sanction du comportement de la partie défaillante.

Les fondements de la protection du lien contractuel contre les effets de la clause résolutoire ne peuvent pas être étudiés sans mettre un accent particulier sur les revers de l'automatisme de la clause résolutoire. La clause résolutoire est un mécanisme conventionnel tendant à résoudre automatiquement un contrat en cas de défaillance du débiteur de l'obligation. Ce caractère automatique qui se rattache à la clause résolutoire peut être un véritable danger pour la préservation du lien contractuel. C'est pour donc protéger le lien contractuel que le juge est souvent obligé de suspendre les effets de la clause résolutoire.

⁴⁷⁰ J. DEPREZ, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1964, t. XVII, p.29.

⁴⁷¹ M-A RAKOTOVAHINY, *op.cit.* n° 17.

221. Dans un deuxième temps, la rigueur de la clause résolutoire justifie également la présence du juge dans ce mécanisme pour protéger le contrat. Dans ce sens, le juge avait essayé de limiter l'automatisme de la résiliation en décidant que le locataire devait disposer d'un délai raisonnable pour se libérer après avoir reçu le commandement de payer. Cette jurisprudence a été consacrée par la loi française du 24 mai 1951 dont les dispositions ont été reprises par l'article 25 du décret du 30 septembre 1953. Celles-ci ont essayé d'atténuer la rigueur des clauses résolutoires en réglementant les conditions de leur mise en œuvre puis en reconnaissant au juge, lorsque ces conditions sont remplies, un pouvoir suspensif⁴⁷². Pour finir sur ce point, il convient de noter que, plusieurs caractères dont notamment sa rigueur et son automatisme justifient l'intervention du juge dans ce mécanisme en vue de protéger le lien contractuel.

B- Les autres instruments de protection du lien contractuel en présence d'une clause résolutoire.

222. Il ne fait plus de doute que la présence du juge dans la clause résolutoire se justifie par plusieurs finalités. Il devient à présent important de se pencher également sur les moyens qu'utilise le juge pour protéger le lien contractuel contre les revers de la clause résolutoire. Deux grilles de lecture sont possibles dans cette perspective. Il s'agira tout d'abord de tabler sur le fait que très souvent pour protéger le lien contractuel, le juge neutralise les effets de la clause résolutoire (1), de même qu'il peut arriver que le juge octroie un délai de grâce à la partie défaillante dans le seul but de protéger le lien contractuel (2).

1- La limitation des effets de la clause résolutoire

223. Il n'est pas suffisant que la clause résolutoire soit prévue de façon expresse pour que la résolution judiciaire soit écartée et que cette clause joue de plein droit. La clause résolutoire doit en sus être précise, le créancier doit scrupuleusement respecter

⁴⁷² J-M. CHAUVIN, « Les effets de la clause résolutoire dans les baux commerciaux », *Revue juridique de l'Ouest*, 1994-1. p.35.

les conditions de sa mise en œuvre. Le non-respect de ces conditions est donc suffisant pour que le juge puisse neutraliser les effets de la clause résolutoire. En ce sens, « *La clause résolutoire de plein droit qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention de l'appréciation du juge doit être exprimée de façon non équivoque, faute de quoi le juge retrouve tout son pouvoir* »⁴⁷³. La mauvaise formulation de la clause résolutoire est une invitation involontaire que les parties donnent donc au juge pour intervenir dans leur contrat.

Très souvent, lorsqu'un litige met en cause une clause résolutoire de plein droit dont le débiteur conteste l'acquisition, il revient au juge de vérifier si les conditions ont été respectées, le juge peut neutraliser les effets de cette clause. Le respect des conditions de la mise en œuvre de la clause résolutoire garantissent donc l'efficacité du mécanisme pour le créancier.

224. Une question qu'on peut légitimement se poser en présence d'une clause résolutoire est celle de savoir si la résolution du contrat est encourue par l'effet d'une clause résolutoire, même lorsque l'inexécution est due à un cas de force majeure. Parce que, son champ d'action concerne directement le contrat lui-même. En effet au-delà de certaines vicissitudes d'exécution, la force majeure mérite d'être étudiée. Quels peuvent être donc les effets de l'admission d'une inexécution du fait de la force majeure sur la clause résolutoire ? Il n'est pas vain de commencer par souligner qu'on ne peut parler de force majeure que lorsque les conditions d'irrésistibilité, d'imprévisibilité et d'extériorité sont réunies. Par ricochet, pour qu'on puisse parler de force majeure comme justificatif de l'inexécution du débiteur, elle doit provenir d'un fait irrésistible, imprévisible et extérieur. Différents cas légaux de résolution visent des impossibilités d'exécution nées de la force majeure. Le caractère irrémédiable de celles-ci justifie alors l'automatisme de ces résolutions⁴⁷⁴. À titre d'exemple, il découle des faits de l'arrêt rendu le 17 février 2010 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation

⁴⁷³ Cass . 1^{re} , 25 novembre 1986, *Bull.civ. I*, n° 279, *RTD.civ.* 1987, p.313, obs J. MESTRE.

⁴⁷⁴ G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Thèse (préf. A. Fliniaux), PUF., 1924, p. 30.

françaises qu'un propriétaire d'un local commercial s'était prévalu à l'encontre de son locataire de la clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers. Comme le permet le mécanisme original de l'article L. 145-41 du Code de commerce, les juges du fond avaient suspendu les effets de cette clause sous réserve du paiement des sommes dues selon un échéancier imposant un règlement mensuel. Il était prévu qu'à défaut de paiement d'une échéance, la clause résolutoire serait acquise. Or, après dix-sept mois de règlement irréprochable, le preneur ne s'acquitta d'une échéance que le quatre du mois, retard qu'invoqua le bailleur pour délivrer un commandement de quitter les lieux et faire établir un procès-verbal de tentative d'expulsion. Les juges du fond décidèrent pourtant d'annuler ces actes, retenant que le retard du preneur était uniquement dû à un dysfonctionnement du virement bancaire automatique mis en place par lui. La Cour de cassation a fait sienne cette analyse en décidant exactement que, cet événement constituait un cas de force majeure pour la débitrice et a pu en déduire que le commandement de quitter les lieux et le procès-verbal de tentative d'expulsion devaient être annulés. On constate dans cet arrêt que la bonne foi du débiteur a été déduite de ce qu'il a régulièrement payé sa dette et ceci pendant dix-sept mois. Cette réalité de la bonne foi du débiteur a permis au juge de sauver le contrat et de ne pas faire jouer la clause résolutoire insérée dans ledit contrat. Nous constatons dans cet arrêt que le juge a indirectement récompensé la bonne foi du débiteur. Le juge, par l'octroi d'un délai de grâce, a très souvent pour finalité aussi de sauver le lien contractuel de tout effet draconien de la clause résolutoire.

2- L'octroi d'un délai de grâce

225. Le délai de grâce désigne le report d'une dette ou l'échelonnement des échéances que le juge peut accorder au débiteur pour exécuter son obligation. Il peut être considéré comme une seconde chance que le juge accorde au débiteur défaillant qui n'a pas pu exécuter son obligation à temps pour le faire. S'agissant de la possibilité de l'octroi d'un tel délai de grâce en présence d'une clause résolutoire, il est admis que, par dérogation au droit commun des contrats, le juge saisi d'une demande conforme aux

articles 1244-1 à 1244-3 du code civil, a le pouvoir de suspendre les effets de la clause résolutoire tant que la résiliation n'est pas constatée par une décision passée en force de chose jugée⁴⁷⁵. L'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire non encore acquise reste donc possible. Ce qui est particulièrement intéressant c'est ce que le juge vise en octroyant ce délai.

226. Quelle est donc la finalité de l'octroi d'un délai de grâce par le juge en présence d'une clause résolutoire? Il ne fait pas de doute que le juge octroie un délai de grâce pour donner une seconde chance au débiteur qui ne s'était pas acquitté de son obligation à temps de le faire. Le délai de grâce offre ainsi un temps supplémentaire au débiteur pour exécuter son obligation. Ainsi, les délais de grâce obtenus pour l'exécution de l'obligation empêchent le jeu de la clause résolutoire. Le débiteur étant temporairement dispensé d'exécuter, son inexécution ne constitue pas une violation de ses obligations permettant la mise en œuvre de la clause. Il faut noter que, le délai de grâce porte uniquement atteinte au caractère exécutoire de la créance pendant que l'exigibilité de cette créance demeure. L'effet principal de l'octroi d'un délai de grâce est donc d'ajourner le paiement d'une dette « *qui était immédiatement exigible parce qu'échu au moment où le délai est accordé* »⁴⁷⁶. Le délai de grâce accordé en présence d'une clause résolutoire procure au débiteur un total répit et l'inconvénient inverse au créancier qui ne recevra rien pendant ce laps de temps.

L'autre finalité de l'octroi d'un délai de grâce est que le juge est animé par un souci de sauver le contrat de la rigueur de la clause résolutoire. La clause résolutoire est rigoureuse et dangereuse en ce que l'inexécution du débiteur entraîne la destruction du lien contractuel. Le juge intervient donc dans ces conditions pour contrôler si les conditions de mise en œuvre de cette clause sont remplies, si le créancier est de bonne foi. Lorsque ces précédentes conditions ne sont pas remplies, le juge n'hésite pas à

⁴⁷⁵ Civ. 3^e, 13 mai 1986, *Bull. civ.* III, n° 69 ; Civ. 3^e, 25 fév. 2004, *Bull. civ.* III, n° 33.

⁴⁷⁶ J-M PANSIER, *Le délai de grâce*, Thèse Toulouse 1993, p. 68.

reporter l'exécution du débiteur dans la seule finalité de sauver le contrat de toute destruction.

SECTION II- La protection fondée sur la préservation de la partie faible au contrat

227. Le contenu de la clause résolutoire est généralement conçu et proposé par la partie la plus forte à la partie la plus faible. Les individus sont moins en position de négocier. Ce mouvement se caractérise fortement dans les contrats d'adhésion, où une partie rédige le contrat, et où l'autre partie n'a plus de pouvoir, que d'accepter ou de refuser. Ainsi, il faudrait davantage contrôler la conclusion de conventions. Pour lutter contre ces inégalités entre les parties, différentes façons sont envisageables : soit passer par le législateur, et rendre plus contraignantes les règles encadrant les clauses résolutoires, notamment grâce à un ordre public plus important, soit passer par le juge. Il convient de s'intéresser plus particulièrement au rôle que joue le juge face à la clause résolutoire. Le juge veille donc à la protection du débiteur dans une clause résolutoire, (PI), cette protection du débiteur passe également par le rééquilibrage des prestations dans la cause résolutoire (PII).

P-I- Le juge et la protection du débiteur contre les clauses résolutoires

228. La pratique contractuelle démontre que la clause résolutoire est généralement présente dans les contrats dits clés en main⁴⁷⁷. On peut citer comme exemple de contrats clés en main les contrats de livraison, d'installation de fourniture et technologique, et les contrats de bail. La particularité de ces contrats réside dans le fait que, l'éviction du juge est généralement la règle, la clause résolutoire faisant rarement l'objet d'une discussion entre les parties. Elles sont élaborées par le créancier et proposées simplement au débiteur pour acceptation. Toute chose qui conduit sans doute à certains abus. Pour faire un point sur cette situation, il convient de présenter les

⁴⁷⁷ J.A. BOON et R. GOFFIN, *Les contrats clés en main*, Masson 1987, pref HORSMANS, p.131.

manifestations de la protection du juge contrat (A) ainsi que les effets qui en découlent (B).

A- Les manifestations de la protection du débiteur contre la clause résolutoire

229. Le principe de l'autonomie de la volonté est admis comme fondement de la théorie générale du contrat en ce sens que, les contractants sont supposés être égaux. Ils peuvent discuter leur accord, défendre leurs intérêts et tirer profit de leur opération sans l'intervention du juge. Plus tard la pratique contractuelle a démontré que la conclusion de plusieurs contrats n'était pas précédée d'une véritable discussion. C'est précisément le cas en présence d'une clause résolutoire, il n'y a pas de négociation lorsque l'une des parties, sous la domination de l'autre, ne peut qu'accepter les clauses qui lui sont proposées sans concession majeure, par son cocontractant. Pour dire que, le rôle de la partie faible (débiteur) se limite généralement en fait à l'adhésion à ce projet pré rédigé que lui présente son cocontractant. Les apparentes négociations ne servent qu'à fixer les clauses du contrat futur.⁴⁷⁸. Alors que normalement les négociations devraient conduire à une élaboration commune des clauses du contrat et pour cela elles nécessitent une égalité entre les parties. Pour donc protéger le débiteur, le juge contrôle la légalité des clauses résolutoires.

Le contrôle de la légalité constitue un instrument efficace mis à la disposition des juges pour lutter contre les contractants qui abusent de leur supériorité économique, sociale ou même intellectuelle pour imposer leurs volontés à leurs partenaires contractuels⁴⁷⁹. Ce contrôle constitue entre les mains du juge un puissant moyen pour protéger le débiteur dans une clause résolutoire. Véritables œuvres jurisprudentielles, ses deux principales déclinaisons que sont le contrôle de l'abus et le contrôle de proportionnalité permettent alors de mener une lutte efficace contre les clauses

⁴⁷⁸ G. VALENTIN, *Les contrats de sous-traitance*, Bibliothèque du droit des entreprises, Litec 1979, pref, M. PEDAMON, p.27, n° 21.

⁴⁷⁹ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse université d'Auvergne, novembre 2014, n° 500, p. 410.

résolutoires abusives en droit commun. Dans une clause résolutoire, l'abus est caractérisé lorsque la clause est détournée de son but : faciliter la résolution du contrat. Nombre de décisions jurisprudentielles ont dénoncé l'abus en matière contractuelle⁴⁸⁰. En présence donc d'une clause résolutoire, et pour protéger le débiteur « *démuni* » face à un créancier un peu plus « *averti* », le juge doit vérifier si la clause est utile, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit. À défaut, il pourra écarter ou modifier la clause litigieuse sans remettre en cause le sort du contrat qui la contient. Le débiteur se trouve donc protégé en raison de l'intervention du juge qui à dessein vient contrer la toute-puissance de certains créanciers.

B- Les effets de la protection du débiteur contre la clause résolutoire

230. L'intervention pour la protection de la partie faible dans une clause résolutoire n'est pas innocente, il existe un véritable objectif que le juge cherche à atteindre. Cet objectif est celui de protéger aussi bien ce débiteur que le lien contractuel contre les abus de son cocontractant.

231. Il est bien vrai que, les hommes naissant libres et égaux, la volonté de chacun pouvant se donner à elle-même sa propre loi. Les contractants stipulant une clause résolutoire sont libres de conclure ou non un contrat, d'exprimer leur consentement selon le mode qu'ils jugeraient bon, mais par la suite, sont obligés de tenir leur engagement. La clause résolutoire peut être élaborée par une partie et proposée à l'autre partie pour acceptation. Cette acceptation oblige le débiteur à se soumettre aux effets de cette clause. Pour donc rétablir l'équilibre faussé entre les parties, aussi bien le législateur que le juge s'efforcent à protéger le débiteur. La protection des parties faibles est une constante en droit civil⁴⁸¹. La volonté de protéger la situation de la partie faible dans une clause résolutoire a pour effet de conduire à l'application d'un régime protecteur à son profit.

⁴⁸⁰ Cass.civ. 1^{re}, 6 décembre 1989, n° 88-16727, *D* 1990, note J. GHESTIN ; Cass.civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00475,

⁴⁸¹ T. STRICKLER, « La protection de la partie faible en droit civil », *Petites Affiches*, 25 octobre 2004, n° 213, p. 6.

La recherche d'un régime protecteur pour la partie faible à une clause résolutoire a pour effet d'assurer la sécurité de celle-ci ainsi que le respect de ses prévisions. La préservation de la sécurité se justifie par le fait que sur la scène juridique, chaque individu devant, en principe, gérer lui-même ses propres intérêts, cette personne apparaît comme une personne vulnérable face à son cocontractant. La notion de vulnérabilité est en effet, la conséquence de l'état d'une personne qui la rend plus fragile que les autres, qui ne lui permet pas de se défendre convenablement⁴⁸². Cette notion de vulnérabilité peut aussi être appréhendée comme étant « ...le propre des sujets qui n'ont pas de cuirasse suffisante pour évoluer sans danger tant dans la société que dans la norme juridique »⁴⁸³. Elle intègre au final toute personne qui pourrait subir la force ou le pouvoir de son cocontractant. Vu donc sous cet angle-là, le débiteur est vulnérable dans une clause résolutoire. Le débiteur présent dans une clause résolutoire insérée dans un bail d'habitation est « *vulnérable* » face à un créancier qui pourrait à tout moment en cas d'inexécution, la faire jouer. Aux vues de tous ces développements, il ressort que la protection du débiteur a pour principal effet de préserver les droits de ce dernier contre les éventuels abus du créancier. En somme, Loin d'être le fruit d'une volonté d'éviter une immixtion intempestive du juge dans le contrat ou de consacrer au contraire une confiance aveugle en son pouvoir d'interprétation, les nouvelles dispositions du droit des contrats confèrent à titre d'exemple au juge une nouvelle mission lui faisant endosser tantôt un rôle de « facilitateur » de la relation contractuelle, auquel les parties auront recours pour sauver leur contrat quand il est encore temps⁴⁸⁴.

⁴⁸² L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du cocontractant*, Thèse, Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, n°379, p.335.

⁴⁸³ F.COHEC CORDEY, « préface », in *Vulnérabilité et droit, développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Presse Universitaire de Grenoble, 2000, p.9.

⁴⁸⁴ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI e siècle ? » *D* 2017, p.721.

P-II- Le rééquilibrage des prestations contractuelles en présence d'une clause résolutoire

232. Laisser aux individus la responsabilité de déterminer le point d'équilibre de leur relation apparaît bien-fondé tant il est vrai que chacun est mieux à même de savoir ce qui est bon pour lui. Cependant, pour pouvoir légitimement penser que les parties vont respecter d'elles-mêmes le principe d'équité en concluant un contrat équilibré, il est nécessaire que les individus jouissent de la même liberté, qu'ils soient égaux.

L'une des constantes du droit civil des contrats réside dans la volonté du législateur de préserver un équilibre entre les parties à l'acte. Pour ce faire, il protège le faible pour que le contrat réalisé ne devienne pas la matérialisation de la loi du plus fort. Pour mieux tabler sur ces réalités, l'étude des manifestations du déséquilibre dans la clause résolutoire (A) sera suivie de celle de l'analyse du fait que le juge est garant de l'équilibre contractuel (B).

A- Les manifestations du déséquilibre causé par la clause résolutoire

233. Selon l'article 2 de la loi Cadre camerounaise n° 2011/012 du 06 mai 2011 portant protection du consommateur, , la clause abusive désigne « *toute clause qui est ou semble être imposée au consommateur par un fournisseur ou prestataire de service qui a une supériorité économique sur le consommateur, donnant au premier un avantage injuste, déraisonnable ou excessif sur le second* ». Le déséquilibre est le domaine de prédilection des clauses abusives. Certaines clauses résolutoires peuvent être qualifiées d'abusives et déséquilibrées. Le déséquilibre se manifeste concrètement par l'inaptitude à la négociation du débiteur de la clause résolutoire (1) de même que par l'absence de la réciprocité dans l'initiative de la rupture du contrat (2).

1- L'inaptitude à la négociation du débiteur du fait de sa dépendance économique

234. La clause résolutoire est une clause de pouvoir. Une clause de pouvoir étant car elle confère à l'une des parties le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale à un

cocontractant qui ne peut que se soumettre. Comme toute clause de pouvoir, elle introduit de l'unilatéralisme dans les conventions, à savoir « *l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté* »⁴⁸⁵. La clause résolutoire crée une sorte de « *potestativité* » dans le contrat, car on n'ignore pas que la mise en œuvre du droit potestatif dépend entièrement de la volonté de son titulaire. Ceci dit, il convient de préciser avant tout développement que le contrat n'est pas déséquilibré du fait de la présence d'une ou de plusieurs clauses de pouvoir en son sein, c'est plutôt l'usage qui peut être fait de ces clauses de pouvoir qui peut créer un déséquilibre dans les contrats⁴⁸⁶. La clause de pouvoir reste donc valable, c'est sa mise en œuvre qui doit être contrôlée. La dépendance quant à elle est la situation de fait qui préexiste à la conclusion du contrat et qui constitue un facteur de déséquilibre contractuel. Ceci se justifie par la dépendance du débiteur envers le créancier, ce dernier ayant le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale avec la tentation de faire prévaloir ses seuls intérêts⁴⁸⁷. De façon générale, la clause résolutoire n'est pas négociée. En présence d'une clause résolutoire où l'éviction du juge est la règle, elle fait éventuellement l'objet d'une négociation⁴⁸⁸. La clause résolutoire est « *mécaniquement* » insérée dans les contrats par les créanciers qui ne prennent pas préalablement le temps de faire des négociations relativement à cette clause avec le débiteur. La négociation est essentielle dans un contrat en ce sens que pendant cette étape, « *Les futurs contractants échangent leurs point de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat... C'est là une phase essentielle du contrat, car de son bon déroulement dépendront bien souvent l'équilibre du contrat et la qualité de sa rédaction* »⁴⁸⁹. Généralement la clause résolutoire n'est pas préalablement négociée

⁴⁸⁵ L. AYNES, « Rapport introductif », in CH. JAMIN et D. MAZEAUD *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica Coll « Etudes juridiques », 2009, n°1, p.3.

⁴⁸⁶V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Tome I, pref C. SAINT-ALARY HOUN, PUAM 2000, n° 287, p.269.

⁴⁸⁷V. LASBORDES, *op.cit*, n° 234, p ;234.

⁴⁸⁸ J.A. BOON et R. GOFFIN, *Les contrats clés en main*, Masson, 1987, préf HORMANS, p. 131.

⁴⁸⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil Les obligations*, Dalloz 2009, n° 184, p. 190.

parce qu'elle figure dans les modèles de contrat pré-rédigé dont les dispositions sont reproduites et employées pour chaque opération du même genre⁴⁹⁰. Ceci peut paraître surprenant considérant les conséquences néfastes que peuvent entraîner l'acquisition de la clause résolutoire sur le contrat. Il est de même curieux de noter qu'une telle clause ayant pour effet d'anéantir le contrat entre les parties ne puisse pas être traitée avec plus de délicatesse précisément au niveau de sa négociation. La clause résolutoire n'est davantage pas négociée dans des contrats plus usuels, l'ordre juridique que la clause résolutoire crée en marge des dispositions du Code civil trouve davantage sa source dans le contrat-types que dans la volonté des contractants⁴⁹¹. L'absence de négociation dans la clause résolutoire crée donc un véritable déséquilibre entre les parties.

Le déséquilibre peut également se traduire par l'absence de choix pendant la négociation de cette clause. La clause résolutoire étant conçue par le créancier et proposée pour acceptation au débiteur, ce dernier est souvent privé de toute alternative et ne peut qu'accepter les conditions contractuelles proposées. La position dominante du créancier peut également être une source de déséquilibre dans les clauses résolutoires. C'est notamment le cas de la situation de monopole dans laquelle se trouve une entreprise. Cette position lui confère le pouvoir « *déséquilibrant* » qui lui permet d'imposer sa volonté à qui n'est pas en mesure de discuter des termes du contrat encore moins des termes du contrat ou des modalités d'une clause résolutoire insérée dans ce contrat. L'entreprise dominante devient par ce fait un partenaire obligé⁴⁹².

235. L'absence de négociation de la clause résolutoire peut dériver sur un véritable déséquilibre entre les parties. Il est donc impératif que toute clause résolutoire

⁴⁹⁰ J. LEAUTE, « Les contrats-types », *RTD. Civ.* 1953, p. 437. ; P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, Dalloz Sirey, 1960, p. 436.

⁴⁹¹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, n° 15, p.21.

⁴⁹² M. PEDAMON, « Les abus de domination », *Cah. dr. entrep.* 1987, n°1, p.15 et s.

insérée dans un contrat fasse l'objet d'une négociation préalable. Raison pour laquelle une telle clause doit être proscrite dans les contrats d'adhésion.

2- L'absence de réciprocité dans l'initiative de la rupture du contrat

236. Il est de principe dans les contrats que, l'initiative de la résolution est accordée à chaque partie au contrat. Mesure grave, considérant le fait que la résolution entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat, la décision de résolution du contrat devrait logiquement être accordée à toutes les parties contractantes. Dans toute résolution aussi bien judiciaire qu'extrajudiciaire, toutes les parties devraient pouvoir soit exercer une demande de résolution devant le juge ou mettre personnellement en œuvre la résolution selon les cas. Pour revenir à la clause résolutoire, il est vrai que ce mécanisme protège la partie envers laquelle l'obligation n'a pas été exécutée, c'est logiquement le créancier de l'obligation qui obtient le droit de résoudre le contrat au moment où se produit l'inexécution. Seul ce dernier est en principe à mesure de se prévaloir de la clause résolutoire. Il n'est pas également exclu qu'un tiers qui est soit subrogé ou cessionnaire de la créance deviennent titulaire du droit de résolution dans un contrat dans lequel est inséré une clause résolutoire.

L'absence de réciprocité dans l'initiative de la mise en œuvre de la clause résolutoire est source de déséquilibre. Cette absence de réciprocité jette par exemple une dose de suspicion sur toute clause permettant au professionnel de mettre fin au contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur. C'est pour étayer ceci que le tribunal de commerce de Fréjus a décidé qu'il « *résulte du quasi-monopole de GIE Cartes bancaires et des dispositions de la clause de résiliation à un caractère unilatéral, un avantage excessif au profit de celui-ci, ainsi qu'un abus de puissance économique* »⁴⁹³. Ce qu'il convient de préciser, c'est que l'absence de réciprocité de l'initiative de la résolution du contrat de suite de l'acquisition d'une clause résolutoire n'est pas en soi un déséquilibre. Cette absence de réciprocité de l'initiative

⁴⁹³ Trib. com. Fréjus, 1^{er} mars 1993, JCP 1994, II, 22194, note M-F COUATANT et J—J ALEXANDRE.

de la rupture peut simplement constituer un indice de suspicion d'un éventuel déséquilibre des pouvoirs entre les cocontractants.

237. Il est en somme constant que, l'acquisition de la clause résolutoire bénéficie uniquement au créancier qu'il soit le créancier d'origine ou un cessionnaire. Le débiteur n'a pas de véritable intérêt à faire jouer une clause résolutoire compte tenu du fait que l'acquisition de cette clause pourrait lui être désavantageuse. Toutefois, cette initiative unilatérale que détient le créancier peut être exercée de façon abusive et créer ainsi un véritable déséquilibre entre ce créancier et le débiteur. L'absence de réciprocité dans l'initiative de la rupture du contrat n'est pas en soi un « *mal* », mais c'est plutôt l'exercice abusif de cette initiative par le créancier qui peut être une source de déséquilibre dans le contrat.

B- La restauration de l'équilibre contractuel par le juge

237. Il est de principe que la présomption irréfragable d'équivalence des prestations dans le contrat interdit au juge de modifier l'équilibre voulu par les parties quand bien même cet équilibre voulu ne coïnciderait pas avec l'équilibre réel⁴⁹⁴. L'idée même d'une correction des déséquilibres n'était pas concevable, dans la mesure où un contrat librement conclu était considéré comme équilibré, d'où la formule de FOUILLÉ selon laquelle « *qui dit contractuel dit juste* »⁴⁹⁵. Mais aujourd'hui, la pratique contractuelle démontre que, le juge n'est pas indifférent face aux déséquilibres que peuvent regorger un contrat. Le droit contemporain des contrats permet de plus en plus souvent au juge de s'immiscer dans le contrat. Le juge se voit investi d'un pouvoir de rééquilibrer les prestations. Il convient par contre de préciser que les interventions du juge ne sont pas préventives, mais plutôt curatives. Seul le législateur joue un rôle de prévention des déséquilibres contractuels. L'existence de l'équilibre dans les contrats

⁴⁹⁴ L. BRUNEAU, *Contribution à l'étude des fondements de la protection du cocontractant*, Thèse Université des sciences sociales de Toulouse 2005, n° 477, p.406

⁴⁹⁵ V. J.-F. SPITZ, « *Qui dit contractuel dit juste* » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillé », *RTD civ.* 2007, p. 281.

supposant une équivalence des prestations, la juste proportion entre des choses. Ce qui importe c'est le contenu du contrat et pas les parties. On ne parle pas d'inégalité entre les parties. Le juge peut sanctionner le déséquilibre créé par la clause résolutoire en la réputant non écrite. Pour la Cour d'appel de Paris⁴⁹⁶, une clause créant un déséquilibre significatif est une clause qui n'est pas réputée non écrite, mais qui engage la responsabilité de son auteur. Le rééquilibrage du contrat permet ainsi au juge de rétablir un équilibre rompu au détriment de l'une des parties tout en assurant la survie du contrat.

En présence d'une clause résolutoire, la compétence du juge est alors plus étendue lorsque cette clause insérée dans un contrat crée manifestement un déséquilibre. Le juge s'autorise encore à rééquilibrer ce contrat. Il arrive que dans un contrat qu'une clause résolutoire soit à l'origine d'un déséquilibre. La supprimer ou en modifier le contenu, c'est permettre l'exécution d'un contrat délivré du vice qui l'affectait. C'est précisément cette méthode qu'adopte le juge en présence d'une clause résolutoire qui crée un déséquilibre dans un contrat. La clause résolutoire abusive permet au juge de la réputer non écrite compte tenu du fait qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le rééquilibrage du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire oblige donc le juge à protéger le débiteur contre l'équivalence des prestations entre ce dernier et le créancier.

240. En conclusion, nombre de clauses font l'objet d'une révision par le juge dans le but d'éviter la nullité du contrat mais aussi afin de rééquilibrer les prestations qui en découlent. C'est précisément le cas à titre d'exemple de la clause pénale. En France, avant la loi du 9 juillet 1975, le principe de l'immutabilité des conventions interdisait au juge de procéder à la révision du montant de ces clauses.

⁴⁹⁶ CA Paris, 6 sept. 2016, no 15/21026 Extrait : « C'est (...) en vain qu'elle invoque les dispositions de l'article L. 442-6 du Code de commerce, lesquelles, relatives aux pratiques restrictives de concurrence, sont inopérantes à faire obstacle aux dispositions du contrat type, alors que "le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties", visé par ce texte et invoqué par COREAM n'est sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts et non par la nullité de la stipulation contestée. »

L'article 1231-5 du Code civil français qui précise que le juge peut désormais modifier à la hausse ou à la baisse le montant d'une clause pénale, à la seule condition qu'elle soit « *manifestement excessive ou dérisoire* ». Relativement à cette clause pénale, la disproportion manifeste s'apprécie en comparant le montant de la peine conventionnellement fixé et celui du préjudice effectivement subi. En somme, il faut noter que, conscient de l'enjeu économique et social que constitue la survie du contrat, le législateur autorise les tribunaux judiciaires à corriger certains déséquilibres contractuels tout en assurant la survie du lien contractuel. Le rééquilibrage présente l'avantage de satisfaire la justice contractuelle, tout en préservant la sécurité juridique⁴⁹⁷. Telle demeure donc la mission du juge lorsqu'il fait face à une clause résolutoire créant un déséquilibre dans les contrats.

⁴⁹⁷ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, *op.cit.*, n° 644, p. 555.

Conclusion chapitre I

241. Pour conclure ce chapitre, il faut se rappeler que la question de l'étendue de la mission protectrice du juge en présence d'une clause résolutoire a été posée. Il convient de dire que cette mission protectrice du juge se décline sous deux aspects. Le juge protège aussi bien le lien contractuel que la partie faible dans une clause résolutoire.

242. Le souci de garantir la stabilité de la relation contractuelle justifie que le juge s'arroge la mission de protéger le contrat des éventuels abus qui pourraient naître de la mise en œuvre de la clause résolutoire. La finalité de la mainmise du juge dans la clause résolutoire est donc d'assurer la survie du lien contractuel entre les parties, de même que de protéger la partie faible (débitur). Dans un premier temps, la sauvegarde du lien contractuel contre l'automatisme de la clause résolutoire tient pour l'essentiel dans l'exercice par le juge d'un contrôle rigoureux sur les conditions de mise en œuvre de cette clause. C'est la raison laquelle le juge use de l'abus dans les clauses résolutoires pour non seulement épurer cette clause de ces abus mais principalement pour assurer la survie de la relation contractuelle entre les parties. Dans un deuxième temps, le juge se réserve également le pouvoir d'assurer l'équilibre entre les parties en protégeant le débiteur des « *griffes* » du créancier.

Une fois la mission protectrice du juge en présence d'une clause résolutoire dégagée, il est à présent possible de s'intéresser à une autre mission qu'assume le juge dans une clause résolutoire : celle d'assurer la moralisation dans la clause résolutoire.

**CHAPITRE-II L'INTERVENTION FONDÉE SUR LA MISSION
MORALISATRICE DU JUGE**

243. Conformément à une jurisprudence constante, la clause résolutoire doit être invoquée de bonne foi⁴⁹⁸. Lorsque le créancier est de mauvaise foi, il ouvre la voie à une intercession judiciaire dans la clause résolutoire. Confirmant ce point de vue, la doctrine présente parfois la mauvaise foi comme l'occasion pour le juge d'exercer un pouvoir modérateur comparable à celui que lui confère l'article la résolution judiciaire. Précisément, pour Alain SÉRIAUX, « *par le biais de la notion de bonne foi, le juge récupère sa compétence naturelle pour apprécier l'opportunité de la révocation* »⁴⁹⁹. Le juge est donc loin d'être ce spectateur passif se réduisant à constater l'acquisition de la clause résolutoire dans un contrat. La bonne ou la mauvaise foi d'une partie au contrat peuvent justifier son intervention.

245. De façon générale, le contrôle du comportement des parties, en particulier par l'intermédiaire des notions de bonne foi et d'abus de droit, constitue un instrument privilégié du contrôle judiciaire dans certaines clauses aménageant son office⁵⁰⁰. Indirectement, le juge par le contrôle de la bonne ou mauvaise foi dans la clause résolutoire, assure une mission moralisatrice. Le constat est que la jurisprudence a fait preuve de beaucoup d'audace à l'égard de la clause résolutoire. Les juges sont parvenus à l'enserrer dans un réseau de règles de bonne foi assez contraignante qui la touche à chaque étape de sa vie c'est-à-dire de sa stipulation à son extinction en passant par sa mise en œuvre, cette clause est immergée du principe de la bonne foi. On pourrait dire avec Gérard CORNU que « *antidote harmonieux : la force que le premier alinéa de l'article 1134 imprime à la clause résolutoire trouve son frein naturel dans les dispositions finales de ce texte* »⁵⁰¹.

Revenir sur la question de la fonction moralisatrice du juge dans la clause résolutoire constituera une occasion de faire un état des lieux relatif à l'incidence de la

⁴⁹⁸ Cass.com., 7 janvier 1963, *Bull. civ.* III, n° 16, p.14, « Si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste subordonnée aux exigences de bonne foi ».

⁴⁹⁹ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF Coll. droit fondamental 1992, p. 181, n° 41.

⁵⁰⁰ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, Thèse Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, Tome II, 2006, n° 548.

⁵⁰¹ G. CORNU, *RTD.civ.* 1977. p. 340.

bonne ou de la mauvaise foi sur clause résolutoire. En effet, bien que le juge ne semble pas tenir de la loi un pouvoir modérateur en matière de clause résolutoire comparable à celui institué par l'article 1231-5 du Code civil français relativement à la clause pénale, ce même juge a manifesté une volonté de « *moraliser* » la mise en œuvre de la clause résolutoire. Pour donc mieux cerner la moralisation de cette clause par le juge, il sera question de s'attarder tour à tour sur la détermination de la bonne ou de la mauvaise foi en présence d'une clause résolutoire (Section I) et la présentation de la sanction de mauvaise foi dans la clause résolutoire par le juge (Section II).

SECTION I : Le contrôle de la moralité des parties

246. La clause résolutoire permet au créancier d'une obligation de jouir du droit de résoudre le contrat en raison de la défaillance du débiteur. L'inexécution du débiteur en présence d'une clause résolutoire devrait entraîner automatiquement la résolution du contrat. Cependant, cet automatisme est souvent tempéré. Le juge et le législateur dressent divers obstacles à l'encontre de cette acquisition automatique de cette clause. Parmi ces obstacles on peut relever l'obligation de bonne foi dont le revers est la mauvaise foi. La clause résolutoire n'échappe donc pas à la loi de la bonne foi⁵⁰². Le devoir d'exécuter les conventions de bonne foi est aujourd'hui l'un des fondements techniques les plus utilisés par les juges pour imposer le respect d'une justice minimale au sein du contrat, aussi bien en droit français qu'étranger. De même, c'est essentiellement sur la notion de bonne foi dont on a pu dire qu'elle transcendait l'ensemble du droit contractuel⁵⁰³ que la jurisprudence s'est appuyée pour faire le contrepois aux effets rigoureux de la clause résolutoire⁵⁰⁴. Ceci étant brièvement relevé, la violation de l'obligation de négocier et d'exécuter la clause résolutoire de bonne foi peut aussi bien être l'œuvre du créancier que du débiteur lui-même. Pour dire que l'obligation de bonne foi en présence d'une clause résolutoire pèse aussi bien sur le

⁵⁰² Com. 15 mai 2012, n° 10-26.391 et n° 11-13.972, inédit ; Civ. 3°, 23 mai 2012, n° 11-14.456, inédit.

⁵⁰³ J. GHESTIN, *Arch. Philo. Droit*, T XXVI 1981, p. 35 et s.

⁵⁰⁴ Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP éd G.* n° 20, 1990, 3447.

créancier que sur le débiteur. S'inscrivant dans cette logique, on présentera comment s'opère le contrôle que le juge effectue sur la bonne foi en présence d'une clause résolutoire (Paragraphe I) avant d'analyser celui qu'il opère sur la mauvaise foi en présence de cette clause (Paragraphe II).

PI- Le contrôle de la bonne foi par le juge en présence d'une clause résolutoire

247. La bonne foi a aujourd'hui conquis le contrat à chaque stade de son existence : de sa genèse, marquée par les pourparlers, à son extinction, en passant par sa formation. À chaque stade de la vie du contrat, la bonne foi impose un certain nombre de devoirs. Le principe de la bonne foi irrigue donc tout le droit des contrats, la clause résolutoire n'est pas en reste. Il pèse sur chacune des parties en présence d'une clause résolutoire une véritable obligation de bonne foi. Dans une telle clause, la bonne foi se réduit en l'absence de mauvaise foi⁵⁰⁵. Il convient donc de rappeler que la bonne foi du créancier (A) et du débiteur est un gage de l'efficacité de la clause résolutoire (B).

A- La bonne foi du créancier

248. Moyen de faire pénétrer la règle morale dans le contrat⁵⁰⁶, la bonne foi a acquis un rôle capital en matière contractuelle et notamment dans une clause résolutoire. En interdisant son contraire, à savoir la mauvaise foi, on se rapproche positivement de la bonne foi laquelle impose certains devoirs aux cocontractants⁵⁰⁷. Dans tout le processus de la clause résolutoire, le créancier doit être de bonne foi. Ceci suppose pour ce dernier de respecter l'obligation de ne pas tromper le débiteur, mais plutôt d'adopter une attitude cohérente lui permettant de déterminer sa propre conduite. Il pèse donc principalement sur le créancier l'obligation d'être de bonne foi. Pour mieux comprendre le rôle de la bonne foi du créancier dans la clause résolutoire, il convient d'isoler deux

⁵⁰⁵ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, préf G. COUTURIER, n° 13, p.25.

⁵⁰⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 157.

⁵⁰⁷ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans les contrats essai d'une théorie*, Thèse Aix Marseille III, 2000, n° 53 et svt.

contextes dans lesquels la considération de la bonne foi est essentielle. Pour ce faire, il sera tablé sur l'évolution de la bonne foi du créancier dans la clause résolutoire en droit français (1) de même qu'en droit camerounais (2).

1- L'évolution du principe de bonne foi dans une clause résolutoire en droit français

249. La bonne foi est vraiment la notion vedette du droit français contemporain des obligations. Aujourd'hui, il semble que rien ne résiste à son formidable esprit de conquête. L'exigence d'exécution de bonne foi a reçu de très nombreuses applications, pour les contrats les plus variés, et elle interfère avec l'ensemble des remèdes à l'inexécution du contrat, qu'il s'agisse de l'exécution forcée, de la résolution ou de l'exception d'inexécution, pour ne retenir que ces derniers exemples. Après avoir investi les phases de négociation et de formation, et d'exécution du contrat, la bonne foi du créancier est indispensable à l'efficacité d'une clause résolutoire. Si le créancier souhaite bénéficier des effets de l'acquisition d'une clause résolutoire, il doit être de bonne foi. En présence d'une clause résolutoire on est passée de la sanction de la mauvaise foi à l'imposition au créancier de l'obligation d'être de bonne foi pour faciliter au débiteur l'exécution de son contrat. Car en effet, « *deux évolutions parallèles semblent se dessiner : d'une part, au nom de nouvelles formes de solidarité contractuelle, le juge se contente de sanctionner les déloyautés les plus manifestes du stipulant : il impose au créancier un certain nombre de devoirs qui viennent contrebalancer les effets draconiens de la cause résolutoire* »⁵⁰⁸. En France, la Cour de cassation n'a cessé de rappeler que le droit du créancier d'invoquer la clause résolutoire était soumis aux exigences de bonne foi. C'est dans ce sens que cette solution a été approuvée une Cour d'appel d'avoir énoncé que le bénéficiaire de la clause ne pouvait alléguer de bonne foi une faute à l'origine de laquelle était son propre manquement à une autre obligation⁵⁰⁹. Dans un arrêt du 3 septembre 2016, la troisième chambre civile

⁵⁰⁸ Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *op.cit.*, n°2.

⁵⁰⁹ Cass. Civ. 3^e, 7 novembre 1978, *Gaz. Pal.* 1979, p.14. ; Cass.civ. 3^e, 19 avril 1989 ; *Rev Loyers* 1989, p. 251.

de la Cour de cassation française est venue rappeler l'exigence d'invoquer la clause résolutoire de bonne foi. En effet, dans une espèce où lorsque des fuites d'eau sont survenues dans un local commercial, la société propriétaire des locaux procéda aux réparations et remis le local au preneur à compter du 25 avril 2009. Cette remise ne permit pas l'exploitation des locaux, il restait au locataire à procéder à des travaux d'aménagement intérieur. Le locataire entreprit donc les travaux espérant obtenir une franchise sur le loyer. Mais le bailleur mis en œuvre la clause résolutoire du fait des arriérés dus aux réparations faites par le locataire, ce que la cour d'appel confirma. Mais l'arrêt fut cassé au motif que les juges du fond n'avaient pas recherché, comme il leur était demandé, « *si la clause résolutoire, délivrée alors que le bailleur savait que le locataire devait réaliser des travaux d'aménagement intérieur, n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi* ». Il est constant que la clause résolutoire doit être invoquée de bonne foi⁵¹⁰. De même, dans une autre espèce du 7 juillet 2016, La troisième chambre civile de la Cour de cassation décida qu'en En statuant sans rechercher si les conditions dans lesquelles le bailleur avait usé de son droit de ne pas se prévaloir de la clause résolutoire ne manquaient pas à l'exigence de bonne foi s'imposant dans l'exécution d'un contrat, alors qu'elle constatait que le bailleur avait accepté la restitution des clés des locaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil⁵¹¹. L'application de la clause résolutoire reste donc subordonnée aux exigences de bonne foi du créancier⁵¹².

250. Récemment en France, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général et de la preuve des obligations a reconnu explicitement dans un article la force attachée à l'obligation de bonne foi en matière contractuelle. Or, un des domaines où la règle morale a trouvé une des consécutions les

⁵¹⁰ D. HOUTCIEFF, L'exigence de bonne foi dans l'exercice des prérogatives contractuelles, *Gaz. Pal.*, 18 avril 2017, n° 15, p. 42.

⁵¹¹ Cass. 3e civ., 7 juill. 2016, no 14-22188, ECLI: FR: CCASS: 2016:C300847, SAS Flach film c/ SA Allianz IARD.

⁵¹² Cass. 1iere civ 14 mars 1956, *D.* 1956, 449. Cass. 3e civ. 27 mai 1987 *Bull. civ* II n° 108, p 63.

plus spectaculaires ces dernières années, est sans doute celui de la clause résolutoire de plein droit. En effet, le nouvel article 1104 de cette ordonnance dispose « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public* ». Il reste que l'article 1104 est enrichi par rapport à la version antérieure (ancien article 1134 du Code civil), et pas seulement par l'adjonction d'un «*devoir être*» de bonne foi, mais aussi par l'extension de l'exigence de bonne foi à la période de la négociation et de la formation du contrat⁵¹³. Le principe de bonne foi s'impose à tous les stades de la vie du contrat. Concrètement, aussi bien dans sa négociation, sa formation que son exécution. En redécouvrant le principe général de la bonne foi, la jurisprudence a permis au code civil de résister à l'épreuve du temps⁵¹⁴. Or, ce principe sort renforcé de la réforme du droit des contrats non seulement parce qu'il est élevé au rang de principe général de droit des contrats, mais aussi parce que nombreux sont les textes qui y font référence⁵¹⁵. Désormais, il ne fait pas de doute que la négociation, la formation et l'exécution de la clause résolutoire sont pareillement soumises à l'obligation de bonne foi.

La bonne foi ressort donc plus que jamais fortifiée de la récente réforme française du droit des contrats, et sa reconnaissance explicite de même que l'attribution d'un caractère d'ordre public à ce standard qu'est la bonne foi consolide son caractère indispensable en matière contractuelle. Ainsi, le créancier demeure soumis à l'obligation d'être de bonne foi pour faciliter au débiteur l'exécution de ses obligations, et cette bonne foi dans sa fonction modératrice et correctrice permet ainsi de tempérer la rigueur

⁵¹³ D. MAINGUY, « Le nouveau des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016) », UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit » n° 38, p.40.

⁵¹⁴ F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI e siècle ? » *D* 2017, p.721.

⁵¹⁵ Voir article 1112 pour les négociations qui doivent « satisfaire aux exigences de la bonne foi » ; art. 1198 pour régler le conflit entre plusieurs acquéreurs successifs d'un meuble corporel ou d'un immeuble (celui qui a publié en premier sera préféré à condition qu'il soit de bonne foi) ; art. 1342-3 (le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable) ; et art. 1352-1, 1352-2 et 1352-7 relatif aux restitutions.

excessive que pourrait avoir la mise en œuvre de la clause résolutoire. Reste à présent à s'attarder sur le rôle de la bonne foi du créancier en droit camerounais.

2- La bonne foi du créancier dans une clause résolutoire en droit camerounais

251. La bonne foi est reconnue en matière contractuelle dans l'article Art. 1134 du Code civil camerounais en ces termes : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Ce qu'il convient de remarquer d'entrée de jeu c'est que cette formulation était quasiment identique à celle de l'ancien article 1134 du Code civil français. La reconnaissance de l'exécution du contrat de bonne foi se poursuit dans les mêmes termes que ceux de l'article 1135 du Code civil française. Le Cameroun gagnerait donc à faire une sorte de « *lifting* » de son Code civil pour s'arrimer à l'évolution que connaît la notion de bonne foi contractuelle de nos jours. De manière plus convaincante et en restant dans la logique de la liberté contractuelle, l'article 1135 du Code civil camerounais exige pareillement que les conventions soient exécutées de bonne foi. Ceci dit, le créancier par sa bonne foi dans une clause résolutoire facilite l'exécution au débiteur car en effet, « *une telle exigence légale suppose un devoir de collaboration caractérisée par la «bonne foi» et le «solidarisme» dont chacune des parties doit faire preuve dans le but de sauver le contrat ou à défaut de limiter les risques inhérents à son inexécution.* »⁵¹⁶. La bonne foi du créancier dépeint forcément sur la bonne exécution par le débiteur de ses obligations d'où la formule de la Cour de suprême selon laquelle « *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi* »⁵¹⁷.

252. La mauvaise foi du créancier suppose une manœuvre dolosive réalisée par ce dernier dans le but de bénéficier de l'acquisition de la clause résolutoire. Dans ce

⁵¹⁶ L. GUEDJE, « L'interdépendance des obligations dans les contrats de transport de marchandises par route de l'Ohada: implications et conséquences pour les parties », *Revue de l'ERSUMA*, n°2-Mars 2013, p.173.

⁵¹⁷ Arrêt n°140 du 6 juin 1967, *Bulletin des arrêts de la CS du Cameroun Oriental*, n°16, p.1708

sens, on peut retenir qu'un créancier n'est pas de mauvaise foi en reprochant à son débiteur un manquement expressément visé par la clause et auquel il n'a pas été remédié dans le délai imparti. Le fait de rappeler ces obligations non exécutées au débiteur témoigne plutôt de la bonne foi du créancier. Dans le même ordre d'idée, un arrêt de 1967 de la Cour suprême du Cameroun insiste sur la nécessité d'exécuter les conventions de bonne foi. En l'espèce, le demandeur avait confié l'exploitation de son taxi au défendeur dont les fruits devraient servir à éponger la dette du demandeur. Mais passé ce délai, l'arrêt constate que le demandeur n'a pas répondu aux sommations que lui avait fait faire le défendeur laissant ainsi pendant plusieurs années le véhicule se détériorer dans l'espoir d'en faire supporter la remise en état à la partie adverse. Le demandeur fut débouté de sa demande au motif que les conventions doivent être exécutées de bonne foi⁵¹⁸. L'obligation de bonne foi est donc reconnue à plusieurs égards par le droit camerounais, ce qui sans doute témoigne encore de l'importance de ce standard en droit des contrats et précisément en présence d'une clause résolutoire. Ceci dit, quid de l'influence de la bonne foi du débiteur sur la clause résolutoire ?

B- La bonne foi du débiteur

253. Il est acquis que le juge sanctionne le créancier qui a failli à son devoir de bonne foi. Il est de même de principe que, la résolution du contrat est acquise dès lors que le manquement spécialement sanctionné par la clause résolutoire de plein droit est établi⁵¹⁹. Le juge est donc tenu de constater la résolution du contrat sans pouvoir contrôler la proportionnalité entre cette sanction et le manquement reproché, ni tenir compte de la bonne foi du débiteur dans l'exécution de la clause résolutoire (1). Toutefois, en présence d'une clause résolutoire, à la lecture de la jurisprudence, l'on peut légitimement croire que le juge ne reste pas indifférent à toute attitude de bonne foi du débiteur (2).

⁵¹⁸ Cour suprême, arrêt n° 140 du 6 juin 1967, aff. MBENGMO Jean contre TITTY Richard,

⁵¹⁹ CA Paris, 13 févr. 2003 : *RTD com.* 2004, 70, n° 3, obs. B. SAINTOURENS.

1- L'indifférence de la bonne foi du débiteur sur l'acquisition de la clause résolutoire

254. La bonne foi du débiteur ne devrait en principe pas avoir d'incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire. Plusieurs raisons justifient cette position. On pourrait dans un premier temps se demander si la considération de la bonne foi du débiteur ne risque pas de dépouiller la clause résolutoire de son efficacité réelle ? Et dans un deuxième temps, si cette considération ne pourrait pas encourager à la longue une sorte d'irresponsabilité du débiteur ?

255. Il n'est pas superflu de rappeler que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. La clause résolutoire étant une convention, elle devrait aussi tenir lieu de loi aussi bien au débiteur qu'au créancier lui-même. En effet, « *si la sanction de la mauvaise foi du créancier est conforme à la logique juridique, la prise en compte de la bonne foi du débiteur est quant à elle sujette à critique* »⁵²⁰. Peu importe que le débiteur ait agi par négligence, imprudence ou incompétences ; dans tous les cas, il commet un manquement à ses obligations sanctionnée par la clause résolutoire⁵²¹. De façon générale, la bonne foi du contractant ne joue qu'un rôle limité en droit positif⁵²². Le débiteur ne saurait pas répondre de son inexécution du fait de sa bonne foi. En vertu du principe de la force obligatoire du contrat, le débiteur doit donc exécuter son obligation. Le défaut d'exécution constituant donc une faute susceptible d'être sanctionnée au moyen de la clause résolutoire même si ce débiteur est de bonne foi⁵²³. La bonne foi ne joue donc pas un rôle exonératoire ; elle n'est ni un fait justificatif, ni une excuse pour le débiteur. Il est tenu « *sans réserve et sans limite de ce qu'il doit,*

⁵²⁰ F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Défrénois*, 30 janvier 1993 n° 14.

⁵²¹ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, n° 80, p.85.

⁵²² Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution*, LGDJ, 1989, n°56, p.73.

⁵²³ Cass. 3^e civ., 10 mars 1993, n° 91-12.031, *D.* 1993, jur., p. 357, note Ph. BIHR, *JCP G* 1993, I, n° 3725, obs. Jamin Ch., *Contrats, conc., consom.* 1993, comm. n° 149, note L. LEVENEUR. ; Cass. 3^e civ., 24 sept. 2003, n° 02-12.474, *Bull. civ.* III, n° 161, *RTD civ.* 2003, p. 707, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

sans pouvoir justifier l'inexécution par l'excès de diligence qu'aurait réclamé l'accomplissement exact de l'obligation »⁵²⁴. Il est donc logique que la sanction prévue par la clause résolutoire puisse être appliquée quelle que soit l'attitude de bonne foi et la bonne volonté du débiteur. Du moment où il n'a pas exécuté son obligation contractuelle, cela est suffisant pour faire jouer la clause résolutoire. En France, la question de l'admission ou non du rôle exonératoire de la bonne foi du débiteur en présence d'une clause résolutoire a fait couler beaucoup d'encre. Deux décisions de Cour de cassation sont venues apporter des éclaircissements sur l'attitude à adopter par le juge en présence d'un débiteur de bonne foi dans une clause résolutoire. Dans une décision du 10 mars 1993 la Cour avait levé toute ambiguïté relativement à ce sujet en affirmant explicitement que la bonne foi du débiteur ne justifie pas sa défaillance de même qu'elle n'empêche pas la sanction de la clause résolutoire⁵²⁵. Plus tard, un arrêt de la même Cour de cassation⁵²⁶ a confirmé cette position en ces termes « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés (les articles 1134, alinéa 3, et 1184 du Code civil)* ». En l'espèce, une vente d'immeuble avec versement d'une rente viagère avait eu lieu. Le débirentier avait effectué des paiements après l'expiration du délai qui lui était imparti par un commandement de payer. Néanmoins, la Cour d'appel avait refusé le jeu de la clause résolutoire de plein droit figurant dans l'acte de vente au motif que les paiements effectués par le débirentier avaient apuré l'intégralité de sa dette et témoignaient de sa bonne foi. Selon les juges du fond, accueillir la prétention de la créancière, alors même que le débirentier lui avait réglé près d'un million de francs, constitue une atteinte au principe de l'exécution de bonne foi des conventions. La Cour de cassation censura cet

⁵²⁴ R. VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuel en droit privé français*, LGDJ, 1939, n° 18, p.147.

⁵²⁵ Cass.civ. 3. 10 mars 1993, *D* 1993. 357, note Ph. BIHR ; *Contr conc Consom*, Août-septembre 1993, p.6 n° 149, obs L. LEVENEUR ; JCP 1993, I, 3725, obs C. JAMIN.

⁵²⁶ Cass. 3e civ., 24 sept. 2003, pourvoi n° A 02-12.474 ; arrêt n° 1015, Juris-Data n° 2003-020375, note Mamadou KÉITA.

arrêt. Ceci dit, la bonne foi du débiteur défaillant n'est pas suffisante pour justifier la paralysie de la clause résolutoire de plein droit. Il demeure de même que la résolution du contrat est acquise dès lors que le manquement spécialement sanctionné par la clause résolutoire de plein droit est établi. En effet, comme le relève à juste titre M. Jacques MESTRE, « *la clause résolutoire de plein droit est une sorte de pénalité privée dont l'aspect fortement sanctionnateur ne saurait s'accorder qu'avec un comportement répréhensible du débiteur.* »⁵²⁷ C'est donc ce caractère répréhensible du comportement du débiteur qui est pris en compte par le juge et non sa bonne foi.

Il ne fait donc plus de doute que la bonne foi du débiteur ne devait en principe pas avoir d'incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire. Toutefois, l'on ne saurait ignorer le fait que la pratique contractuelle démontre que la bonne foi du débiteur peut indirectement justifier par exemple l'octroi par le juge d'un délai de grâce dans le but de sauver le contrat menacé par l'acquisition d'une clause résolutoire.

2- La prise en compte possible de la bonne foi du débiteur par le juge

256. Par plusieurs décisions, la Cour de cassation française a fini par instaurer un doute sur la position de principe selon laquelle la bonne foi du débiteur ne pouvait pas avoir une incidence sur la non-acquisition de la clause résolutoire. Deux décisions de Cour de cassation sont venues confirmer cette position. Dans un premier temps, la première chambre civile par un arrêt du 22 juillet 1986, a censuré un arrêt d'une Cour d'appel constatant la résolution d'un contrat de vente moyennant versement d'une rente viagère pour défaut de paiement des arrérages. En effet, la Cour de cassation a accueilli ce grief et censuré l'arrêt car selon la Cour les juges auraient dû rechercher « *s'il n'y avait pas eu, eu égard aux circonstances de la cause, exécution de bonne foi par les débirentiers de leurs obligations de nature à faire obstacle au jeu de la clause résolutoire* ». Il ne fait pas de doute que la Chambre civile invite indirectement, par ces propos le juge à tenir compte de la bonne foi du débiteur. Dans une deuxième espèce, la

⁵²⁷ V. J. MESTRE, *RTD.civ.* 1987, p 316 et 317.

Cour de cassation par un arrêt du 13 avril 1988⁵²⁸, qui concernait précisément la résiliation d'un bail commercial en application d'une clause résolutoire expresse a tranché dans le même sens. Le bailleur ayant imparti au preneur le délai pour justifier d'un contrat d'assurance, ce dernier ne l'a pas fait, le bailleur s'est prévalu de ladite clause. Or, la troisième chambre civile de la Cour de Cassation reprocha aux juges du fond de n'avoir pas constaté que le locataire avait exécuté de bonne foi dans la mesure où il était établi qu'il était effectivement assuré pour les risques locatifs. La Cour de Cassation décida en ces mots : « *attendu que pour constater, en application d'une clause résolutoire, la résiliation d'un bail commercial, l'arrêt attaqué retient que rien ne démontre que l'attestation d'assurance ait été reçue par le bailleur avant l'expiration du délai imparti par le commandement d'avoir à justifier d'un contrat d'assurance ; qu'en statuant ainsi, tout en constatant qu'il était établi que le preneur était assuré, constatation dont il résultait que ce dernier exécutait de bonne foi ses obligations, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (ancien article 1134 du Code civil). Il est donc certains que la bonne foi du débiteur a pu être indirectement récompensée dans ces deux précédentes espèces. Car en effet, le débiteur ayant fait preuve de loyauté et la sanction apparaissant disproportionnée par rapport au manquement reproché⁵²⁹. Ainsi que l'écrit encore M. Jacques MESTRE, « *ces décisions conduisent à se demander si, de façon alors plus audacieuse, la Haute juridiction n'est pas également désormais sensible, pour faire échec à la clause résolutoire, à la bonne foi du débiteur* »⁵³⁰. Une réponse affirmative mérite d'être donnée à cette demande en ce sens que cette bonne foi du débiteur conditionne très souvent l'attitude du juge face à la décision du créancier de faire jouer la clause résolutoire. De même, comme le pensent certains auteurs, sans qu'il soit question de la doter du pouvoir de neutraliser purement et simplement la clause résolutoire expresse, il ne nous paraît pas attentatoire au principe de la force obligatoire

⁵²⁸ Cass.civ. 3. 13 avril 1988, *B III*, n° 68, p. 39 ; *D* 1989, 334, note J-L AUBERT.

⁵²⁹ Y. PICOD, « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP Ed G*, 1990, 3747, n° 13.

⁵³⁰ J. MESTRE, « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *RTD.civ.* 1988, p. 121.

du contrat de considérer que la bonne foi du débiteur pourrait conduire à en tempérer la rigueur « *en aménageant sa mise en œuvre* »⁵³¹.

257. La clause résolutoire en évinçant le pouvoir d'appréciation normalement dévolu au juge, est rigoureuse pour le débiteur du moment où elle écarte la garantie que lui offrirait l'intercession du juge. Ce sont donc ces motifs qui ont conduit à imposer un contrôle judiciaire minimum de la bonne foi. Ce contrôle incline donc souvent « *le cœur* » en faveur du débiteur. Cette attitude du juge démontre que les clauses qui ont pour effet de modifier l'office du juge telle que la clause résolutoire fait l'objet, en dépit d'une validité de principe d'un contrôle minimum de la part de ce juge. En effet, tout en acceptant que la clause résolutoire écarte le rôle qui est normalement dévolu aux juges, ces derniers n'entendent pas abandonner tout pouvoir de contrôle⁵³².

258. Une autre hypothèse où la bonne foi du débiteur peut avoir une conséquence sur la non acquisition de la clause résolutoire est le cas où cette inexécution intervient du fait de la force majeure. Relativement à cette question, la jurisprudence française a une position nettement tranchée. Elle refuse en effet de manière constante d'admettre le jeu de la résolution de plein droit lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par un événement extérieur, imprévisible et irrésistible⁵³³. Une adhésion totale est donnée à cette position en ce sens où le caractère illicite de l'inexécution du débiteur ne transparait pas lorsqu'il y existe un cas de force majeure. L'inexécution intervenant indépendamment de la volonté du débiteur, il serait donc injuste de faire supporter au débiteur les conséquences d'une inexécution qui ne lui est pas imputable. Ceci est justifié du fait que « *la résolution de plein droit est une sorte de pénalité privée donc l'aspect fortement sanctionnateur ne saurait s'accorder qu'avec un comportement répréhensible du débiteur* »⁵³⁴.

⁵³¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 2001, n° 24.

⁵³² Cass.civ. 3^{ème}, 12 Octobre 2005, *RJDA* 2006, n°228.

⁵³³ Cass.civ. 3^e, 20 novembre 1985, *Bull.* III, n° 148, *RTD.civ.* 1987, p. 317, obs J. MESTRE.

⁵³⁴ J. MESTRE, *RTD.civ.* 1987, p. 317.

259. Au final, ainsi que le rappelle M. LYON-CAEN, il convient de dire que le constat que le débiteur a exécuté son obligation de bonne foi n'a toujours pas pour effet « de supprimer sa responsabilité »⁵³⁵. Toutefois, l'étendue de celle-ci « varie selon qu'il y a bonne ou mauvaise foi (de sa part) »⁵³⁶. Cette constatation poursuit l'auteur, permet d'affirmer que la fonction de la bonne foi est d'ordre pratique. Sur le plan pratique comme c'est le cas dans la mise en œuvre d'une clause résolutoire, la bonne foi du débiteur peut donc constituer un véritable frein à l'acquisition de cette clause.

P II : La caractérisation de la mauvaise foi en présence d'une clause résolutoire

260. La mauvaise foi du créancier est l'une des raisons qui peuvent justifier la présence du juge dans une clause résolutoire. Ce malaise vient remettre en cause les attentes légitimes des parties, précisément celle du créancier dans une clause résolutoire. C'est dans le cadre de cette exigence de bonne foi et par ricochet du contrôle de la mauvaise foi que les juges du fond recouvrent leur pouvoir d'appréciation, lequel leur permet, le cas échéant, de s'opposer au jeu de la clause résolutoire de plein droit. Dans ce sens, la doctrine présente la mauvaise foi comme l'occasion pour le juge d'exercer un pouvoir modérateur comparable à celui que lui conférait l'ancien l'article 1184 du Code civil⁵³⁷. Le contrôle de la mauvaise foi est une prérogative essentielle dans l'assise d'un pouvoir modérateur prétorien⁵³⁸. Ce contrôle contribue donc à assoir le pouvoir modérateur du juge dans cette clause. Pour ce faire, il importe d'étudier concrètement en quoi consiste la mauvaise foi du créancier (A) et du débiteur (B) dans une clause résolutoire.

⁵³⁵ G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD.civ.* 1946, n° 13, p. 85.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ F. OSMAN, *op.cit.*, n°13.

⁵³⁸ F. OSMAN, *op.cit.*, n° 13.

A- La mauvaise foi du créancier

261. La mauvaise foi du créancier est une raison suffisante pour le juge d'empêcher le jeu de la clause résolutoire. Le créancier ne peut logiquement pas être titulaire du droit de résolution lorsque l'inexécution lui est imputable. Mais il demeure que, pour que le juge puisse qualifier de mauvaise foi l'attitude du créancier, il est nécessaire que ce dernier ait conscience du dommage qu'il cause au débiteur (2). De même, il est indispensable que, par ces manœuvres le créancier soit à l'origine de l'inexécution du débiteur. Par sa mauvaise foi, le créancier crée une corrélation avec l'inexécution du débiteur (1).

1- Le lien de causalité entre la mauvaise foi du créancier et l'inexécution du débiteur

264. La seule mauvaise foi du créancier ne suffit pas à faire échec à l'acquisition de la clause résolutoire insérée dans un contrat. Il faut en effet en sus que cette mauvaise foi ait pour conséquence d'empêcher le débiteur d'exécuter ses obligations. Les manœuvres déloyales du créancier doivent avoir pour effet de provoquer la défaillance du débiteur. C'est précisément dans ce sens que la mauvaise foi fut reconnue à l'encontre du bailleur enjoignant leurs locataires d'effectuer des travaux dans des délais insuffisants pour les mener à bien, eu égard à leur nature et leur importance⁵³⁹. De même, s'il peut se voir reprocher d'avoir provoqué l'inexécution, le créancier a également l'obligation de faciliter l'exécution au débiteur, faute de quoi son attitude serait qualifiée de mauvaise foi par le juge. C'est l'enseignement qui ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 1990 qui a refusé de constater l'acquisition d'une clause résolutoire d'un bail pour non-paiement des loyers au motif que le bailleur s'était abstenu de délivrer les reçus et les quittances dont le locataire avait besoin pour obtenir le versement des allocations de logement⁵⁴⁰. Cette attitude du créancier fut fustigée par les juges de la Cour d'appel de Paris en ces mots : « *dans cet acte de justice privée que constitue la*

⁵³⁹ Cass. 3, 5 juin 1991, *Bull.civ.* III, n° 163, *RTD.civ* 1992, obs , J. MESTRE.

⁵⁴⁰ CA Paris, 19 juin 1990, *D.* 1991, p.515, note Y. PICOD, *RTD.civ.* 1992, p. 92. obs J. MESTRE.

mise en œuvre de la clause résolutoire, le créancier a le devoir de faciliter à son cocontractant l'exécution faute de quoi il y aura manquement au principe selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi ». Cette position mérite une attention particulière en ce sens que la clause résolutoire étant un mécanisme assez rigoureux et automatique, il est logique que le créancier lui-même facilite au débiteur l'exécution de ses obligations. Toute chose qui évitera la rupture automatique des conventions du fait de l'acquisition d'une clause résolutoire. Dans un autres sens, la Cour de cassation⁵⁴¹ française décide que le fournisseur d'eau qui ne signale pas à son abonné une consommation nettement anormale due à une fuite ne manque pas à son devoir de loyauté dans l'exécution du contrat. M. Thomas GENICON dans un commentaire de cette décision estime que, « plutôt qu'un durcissement, c'est peut-être une réorientation de la bonne foi dont la présente décision rend compte : dépassant les débats doctrinaux, les juges choisissent la voie du pragmatisme et s'efforcent de sonder, au cas par cas, l'honnêteté et le civisme dont a pu faire preuve une personne donnée ».⁵⁴² Relativement à cette précédente décision, l'on ne saurait établir une corrélation entre l'inexécution du débiteur et la mauvaise foi du créancier.

En présence d'une clause résolutoire, l'inexécution du débiteur doit être la conséquence de la mauvaise foi du créancier. Le créancier ne peut, par ricochet, être titulaire du droit de résolution lorsque l'inexécution lui est imputable. La mauvaise foi du créancier consiste donc dans le fait de provoquer l'inexécution afin de pouvoir rompre le contrat. Plusieurs jurisprudences viennent étayer l'idée selon laquelle l'inexécution du débiteur résulte de la mauvaise foi du créancier. C'est notamment les cas des espèces où, le bailleur délivre un commandement visant une clause résolutoire, alors que le locataire parti en vacances n'a pas pu en avoir connaissance⁵⁴³, c'est aussi

⁵⁴¹ Cass. com., 13 sept. 2016, no 14-26713.

⁵⁴² TH. GENICON, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi: beaucoup de modération », *Revue des contrats*, Mars 2017, n° 01 - page 14.

⁵⁴³ Cass. 3^e civ., 15 déc. 1976, n° 75-15.377, *Bull. civ.* III, n° 465.

le cas où bailleur délivre un commandement pour une somme supérieure à celle réellement due et, refusant de donner au débiteur les explications qu'il sollicite, ne le met pas en mesure d'exécuter son obligation⁵⁴⁴. De même, le cas du concédant qui, par ses exigences et ses fautes, met le concessionnaire dans une situation financière conduisant au retard de paiement⁵⁴⁵. Dans tous ces arrêts précités, la mauvaise foi réside dans le comportement du créancier qui lui-même provoque l'inexécution afin de profiter des avantages que la résolution du fait de l'acquisition de la cause résolutoire lui accorde. Il ressort de même de ces arrêts précités que, les conditions requises pour l'octroi du droit de résolution font défaut, l'inexécution du débiteur étant imputable au créancier. En somme, l'inefficacité de la clause ne repose pas sur la mauvaise foi, mais sur l'imputabilité de l'inexécution au créancier. Toutefois, il convient d'apporter une nuance en soulignant que la mauvaise foi du bénéficiaire de la clause résolutoire n'est pas une condition nécessaire de sa paralysie, la clause résolutoire pouvant être acquise même si le créancier est de mauvaise foi.

2- L'incompatibilité entre comportement du créancier le fait de se prévaloir de la clause résolutoire

262. La mauvaise foi désigne l'attitude ou le comportement de celui qui manque de loyauté envers autrui, notamment dans le cadre d'une relation contractuelle. Elle s'apprécie tant en matière de négociation qu'en matière d'exécution du contrat. Dans une clause résolutoire, le créancier est dit de mauvaise foi toutes les fois où en posant une action, il est conscient de ce que ce geste provoquera un dommage au débiteur. La mauvaise foi du créancier doit être de nature à faire subir au débiteur un dommage réel. Il y va de soi que lorsque le créancier occasionne involontairement l'inexécution du débiteur dans une clause résolutoire qu'on ne puisse pas qualifier son attitude de mauvaise foi.

⁵⁴⁴ Cass. com., 7 janv. 1963, *Bull.civ.* III, n° 16.

⁵⁴⁵ Cass. com., 17 oct. 2000, n° 97-15.089, Lamyline.

La mauvaise foi consiste, d'abord, en un comportement du bénéficiaire de la clause résolutoire incompatible avec le fait de se prévaloir de l'inexécution⁵⁴⁶. Cette mauvaise foi du créancier et la conscience du dommage que cela pourrait entraîner peut dans ce cadre résulter par exemple des modalités de la mise en œuvre de la clause résolutoire. Tel est le cas par exemple du bailleur qui délivre un commandement à un moment où le débiteur est dans l'impossibilité d'en prendre connaissance⁵⁴⁷, de même que du créancier réclamant exécution au débiteur en lui impartissant en connaissance de cause un délai insuffisant. Le créancier empêche volontairement le débiteur de se mettre en règle. Pareillement, dans une espèce où le propriétaire avait attendu les vacances d'été pour délivrer à son locataire une mise en demeure d'exécuter des travaux de réparation et d'entretien dans un délai d'un mois, les juges du fond écartèrent la clause résolutoire en considérant que le locataire avait été mis dans l'impossibilité matérielle de régulariser, compte tenu de la fermeture annuelle des entreprises ayant accepté de faire les travaux, la Cour de cassation approuva la décision de la Cour d'appel⁵⁴⁸. Il ressort de ces précédents exemples que la défaillance du débiteur est téléguidée et la règle morale heurtée de plein fouet⁵⁴⁹. L'intention abusive est reconnue par les juridictions lorsque le bailleur a mis en demeure le locataire dans un esprit de vengeance, ou dans des conditions telles que le locataire se trouvait dans l'impossibilité manifeste de s'effectuer ce qui lui était demandé dans les délais impartis⁵⁵⁰. L'efficacité de la clause résolutoire est ainsi soumise à la bonne foi de celui qui s'en prévaut. Inversement, la mauvaise foi du créancier fragilise l'acquisition de la clause résolutoire.

263. L'incompatibilité est le caractère de ce qui est incompatible, c'est précisément l'opposition entre deux personnes, deux choses qui ne peuvent s'accorder. En étant donc de mauvaise foi, cette attitude du créancier devient incompatible, en

⁵⁴⁶ Voir D. MAZEAUD., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, n° 96-21.997, *D.* 2000, somm., p. 360

⁵⁴⁷ Cass.civ. 3^e, 15 décembre 1976, *Bull.civ.* III, n° 465.

⁵⁴⁸ Cass.civ. 3e, 21 juin 1971, *Revue des loyers* 1971, p. 495 et s.

⁵⁴⁹ Y. PICOD, *op.cit.*, n°5.

⁵⁵⁰ CA Paris 26 janv 1982, *Loyers et copr.* 1982, com n°142.

opposition avec le fait de se prévaloir de la clause résolutoire. L'incompatibilité peut avoir pour synonyme la « *contradiction* ». Le créancier qui fait preuve de contradiction en mettant en œuvre une clause résolutoire 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 en quelque sorte dans ses actes⁵⁵¹. Bref, par son attitude, le créancier lui-même peut constituer un frein à l'acquisition de la clause résolutoire. Il demeure que, la mauvaise foi du créancier ne suffit pas à faire mettre en œuvre la clause résolutoire, il faut en sus que cette mauvaise ait pour conséquence d'empêcher le débiteur d'exécuter ses obligations.

B- La mauvaise foi du débiteur

265. La bonne foi du débiteur exerce une influence non négligeable sur l'attitude du juge face à une clause résolutoire acquise. Ceci prouve le fait que le juge sait parfois se montrer assez conciliant même en présence d'une obligation de résultat. *A contrario*, la mauvaise foi de ce débiteur ne contribue qu'à aggraver sa situation en rendant l'acquisition de la clause résolutoire automatique. Comme il a d'ailleurs été observé précisément, « *en matière de clause résolutoire, la mauvaise foi du débiteur doit être considérée comme une condition négative de l'intervention du juge* »⁵⁵². Une autre décision fournit une excellente illustration de l'aggravation de la situation du débiteur par l'inexécution de mauvaise foi. En l'espèce, le locataire commerçant avait étendu son activité par l'ajout d'activités connexes ou complémentaires sans respecter la procédure de déspecialisation partielle prévue par l'article L. 145-47 du Code de commerce français et n'avait pas obtempéré dans le délai d'un mois au commandement visant la clause résolutoire qui lui faisait injonction de respecter la destination du bail. La Cour d'appel de Montpellier puis la Cour de cassation en ont déduit que la clause résolutoire était acquise : faute pour le locataire d'avoir agi de bonne foi, pas de discussion sur la

⁵⁵¹ B. BARTHE, *La clause de sortie de relation contractuelle, proposition de définition*, Thèse Université Aix-Marseille, Janvier 2013, n° 818, p. 404.

⁵⁵² Y. PICOD, note sous CA Paris, 19 juin 1990.

mauvaise foi du bailleur⁵⁵³. Dans ce précédent arrêt, il ressort que, la mauvaise foi du débiteur a été déduite de ce que le débiteur n'a pas respecté le délai d'un mois qui lui a été donné pour respecter la destination du bail qu'il avait contracté. Dans ces conditions, la mauvaise foi du débiteur n'a fait que faciliter le constat de l'acquisition de la clause résolutoire au juge. En effet, lorsqu'il existe un risque d'arbitraire, la mise en œuvre de la clause résolutoire doit également être contrôlée⁵⁵⁴ et doit pouvoir alors être paralysée si le débiteur défaillant est de mauvaise foi. Il convient même de relever que la mauvaise foi du débiteur en présence d'une clause résolutoire ne se présume pas elle doit être expressément démontrée⁵⁵⁵. C'est dans le même sens que dans ce même arrêt, de la Cour suprême cassa la décision des juges d'appel en considérant que l'arrêt attaqué s'abstient de dire en quoi consiste la mauvaise foi alléguée.

SECTION II : La sanction de la mauvaise foi du créancier par le juge

266. Le principe qui veut que les conventions soient exécutées de bonne foi, permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties⁵⁵⁶. Il convient de souligner que la sanction de la mauvaise foi peut aussi bien être l'œuvre du législateur que celle du juge. Lorsqu'elle est démontrée, la mauvaise foi peut exposer son auteur à la neutralisation de la clause résolutoire (Paragraphe I). De même, dans des circonstances plus poussées, la mauvaise foi du créancier peut entraîner la neutralisation de la clause résolutoire elle-même (Paragraphe II).

⁵⁵³ Cass. 3e civ., 28 mai 2003 : *Bull. civ.* 2003, III, n° 116, p. 104 ; *D.* 2003, jurispr. p. 1764, obs. Y. ROUQUET ; *JCP. E* 2004, 474, note L. MORLET.

⁵⁵⁴ Cass. com., 21 oct. 1997, *Bull. civ.*, IV, n° 281 ; *RJDA* 1998, n° 67, p. 41.

⁵⁵⁵ Cour suprême du Cameroun, arrêt n° 23/Civ du 30 mai 2013, aff SUFFO Elis c/ BINAM BIKOE Charles, 3^e rôle.

⁵⁵⁶ Cass. 3e civ., 26 mars 2013, n° 12-14.870, F-D, Sté Trans-Lys c/ Sté Éts Brévière : *JurisData* n° 2013-005806.

PI - La neutralisation des effets de la clause résolutoire

267. La neutralisation s'entend comme la privation d'effet qui fait qu'un acte non annulé soit cependant inopposable⁵⁵⁷. Neutraliser une clause résolutoire insérée dans un contrat consiste donc simplement pour le juge à la rendre inopposable au débiteur, le contrat contenant cette clause résolutoire restant non annulé. Concrètement, pour neutraliser une clause résolutoire, le juge paralyse les prérogatives du créancier (A), tout en suspendant les effets de cette clause (B).

A- La paralysie de l'exercice du droit contractuel

268. Les conventions doivent être exécutées de bonne foi⁵⁵⁸, raison pour laquelle la mauvaise foi du créancier entraîne des conséquences non négligeables sur les droits de ce dernier. Cette mauvaise foi paralyse dans un premier temps toute prérogative dont ce créancier pourrait faire usage en présence d'une clause résolutoire. C'est notamment l'hypothèse où le créancier commet une faute dans l'exercice du droit, par exemple en agissant extrêmement de façon tardive, ou détourne le droit de sa finalité, en essayant, par la résolution du contrat, de spolier son contractant du fruit de son travail⁵⁵⁹. La mauvaise foi du créancier paralyse la clause résolutoire, empêchant ainsi la résolution du contrat⁵⁶⁰. De même, la mauvaise foi pourra être retenue lorsque le créancier détourne la clause de sa finalité. Il l'utilise non pour se libérer d'un débiteur négligent, mais pour rompre un contrat devenu embarrassant. L'on peut citer à titre d'exemple en présence d'une clause résolutoire, le créancier, victime de l'inexécution, qui invoque la clause de mauvaise foi se verra refuser la résolution alors pourtant que les conditions posées par

⁵⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, P.U.F, 8^e éd., 2009, v° Neutralisation

⁵⁵⁸ CA du Centre (Cameroun) - Arrêt n°41/Civ. du 26 octobre 2005. Affaire WELOTAGNEU J.P. et MALOUM OUSMANOU C/ Dame FANTA DORINE.

⁵⁵⁹ Cass. 3^e civ., 25 janvier. 1983, n° 81-12.647, *Bull. civ.* III, n° 21, *RTD civ.* 1985, p. 163, obs. J. MESTRE; Cass. 3^e civ., 6 juin 1984, n° 83-11.540, *Bull. civ.* III, n° 112 ; Cass. 3^e civ., 19 décembre . 1990, n° 89-15.208, *Loyers et copr.* 1991, comm. n° 107 ; Cass. 1^{re} civ., 31 janvier. 1995, n° 92-20.654, *Bull. civ.* I, n° 57.

⁵⁶⁰ Cass. 3^e civ., 25 novembre 2009, n° 08-21.384, *Bull. civ.* III, n° 262.

la clause pour l'obtenir seraient réunies⁵⁶¹.

269. Dans une espèce en 2009⁵⁶², la troisième chambre civile de la Cour de cassation fit usage de la notion d'abus pour sanctionner la mauvaise foi du créancier dans la mise en œuvre de la clause résolutoire. En l'occurrence, des bailleurs poursuivaient la résiliation du bail sur le fondement de la clause résolutoire en reprochant à leurs preneurs l'inexécution de plusieurs obligations contractuelles et les juges du fond n'ont pas hésité à relever que la chronologie des rapports entre bailleurs et preneurs d'un immeuble à usage commercial et d'habitation révélait que le litige avait pour origine la revendication par les bailleurs de la jouissance de l'appartement inclus dans le bail commercial. En effet, les bailleurs reprochaient spécialement aux preneurs le fait qu'ils ne vendaient dans les locaux loués que des produits fabriqués en un autre lieu. Les locaux ayant été affectés à l'exercice d'une activité commerciale de «*boulangerie, pâtisserie et alimentation*», la Cour d'appel puis la Cour de cassation ont à juste titre relevé qu'aucune clause n'imposait la fabrication des produits et spécialement du pain sur place et que les preneurs ne commettaient aucune infraction en utilisant les lieux loués comme dépôt de pain. «*De ce manquement ainsi que d'autres infractions non fondées reprochées aux preneurs, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par les bailleurs au motif que la Cour d'appel a exactement déduit de ses constatations que les bailleurs avaient fait un usage abusif de la clause résolutoire insérée dans le bail et qu'étant de mauvaise foi, ils ne pouvaient s'en prévaloir*»⁵⁶³. La mauvaise foi du créancier paralyse ainsi donc son droit de faire usage de la clause résolutoire. Dans le même ordre d'idées, un arrêt de 1976 de la troisième Chambre civile approuvait les

⁵⁶¹ Civ. 1, 16 févr. 1999, *Bull.civ.I*, no52, p. 34 ; *Défrénois* 2000.248, obs. D. MAZEAUD.

⁵⁶² Cass. 3e civ., 15 sept. 2009, n° 08-17.472, F-D, Crost - Collonge c/ Nicolas (pourvoi c/ CA Lyon, 1re ch., sect. A, 15 mai 2008), note E. CHAVANCE.

⁵⁶³ *Ibid*

juges du fond d'avoir considéré qu'un dédit exercé de mauvaise foi « *ne pouvait produire aucun effet juridique* »⁵⁶⁴

Si le juge est tenu de respecter les conventions, il a aussi pour mission de les faire respecter par les contractants eux-mêmes et il dispose des moyens pour les y contraindre. L'un des moyens qu'emploie le juge pour assurer la police dans l'usage de la clause résolutoire est la sanction systématique de la mauvaise foi du créancier. Ainsi donc, en présence de cette clause, si la résolution opère de manière quasi-automatique, elle ne doit pas intervenir de façon arbitraire en spoliant le débiteur de toute possibilité de rétablissement de ses droits. La mauvaise foi du créancier est donc un frein non négligeable à l'acquisition automatique de la clause résolutoire. Le constat est que la clause résolutoire, de par sa nature, accorde un droit potestatif au créancier qui peut la mettre en œuvre lorsqu'il y a normalement inexécution fautive du débiteur. Mais le danger de l'octroi, même consensuel (comme c'est le cas dans une clause résolutoire) d'un droit potestatif à un contractant réside dans la possibilité de son exercice abusif. De même, « *la reconnaissance du pouvoir unilatéral, commande d'en remettre la conséquence, la suprématie à son titulaire sur le sujet de ce pouvoir et de la cantonner, puisque toute personne ayant un pouvoir est encline à en abuser* »⁵⁶⁵. Dans la clause résolutoire, la sanction de la mauvaise foi peut donc se matérialiser dans la neutralisation de la stipulation mise en œuvre et il existe sur ce point une jurisprudence désormais classique en matière⁵⁶⁶.

La mauvaise foi du créancier entraîne automatiquement la réaction du juge au travers de la sanction. Il faut brièvement souligner deux arrêts rappelant que la clause résolutoire doit être invoquée de bonne foi. Celui de la chambre commerciale rendu sous le visa de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil. Le juge a censuré pour défaut

⁵⁶⁴ Civ. 3e, 11 mai 1976, D. 1978.269, note TAISNE.

⁵⁶⁵ T. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de C. JAMIN, D. MAZEAUD, Paris Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 45.

⁵⁶⁶ Cass. 1re civ., 16 février 1999: *Bull. civ.* 1999, I, n° 52.

de base légale l'arrêt d'une cour d'appel n'ayant pas recherché, ainsi qu'il lui était demandé, si la clause résolutoire stipulée dans un contrat de location d'équipement médical n'avait pas été mise en œuvre de mauvaise foi.⁵⁶⁷ Il ne fait donc pas de doute que la mauvaise foi du créancier dans une clause résolutoire l'expose à la paralysie de l'exercice de son droit contractuel. Une autre sanction non moins importante de la violation de la bonne foi peut aussi consister en la suspension des effets de la clause résolutoire.

270. En somme, il faut noter qu'en violant son devoir de bonne foi, le contractant cause un préjudice à l'autre partie, et la meilleure manière de réparer ce préjudice semble être de lui interdire de se prévaloir du contrat ou de la clause qu'il prétend mettre en œuvre.

B- La suspension des effets de la clause résolutoire

271. La mauvaise foi du créancier dans la clause résolutoire entraîne plusieurs effets. Parmi ces conséquences, on dénombre la suspension des effets de cette clause. Le délai de grâce est une seconde chance d'exécution offerte au débiteur pour s'acquitter de son obligation. Dans cette partie, une analyse de l'octroi d'un délai de grâce sous l'angle de la sanction de la mauvaise foi du débiteur est indispensable (2). Il convient de préciser avant toute analyse ce qu'il convient d'entendre par suspension des effets de la clause résolutoire (1).

1- Le sens de la suspension des effets de la clause résolutoire

272. La suspension se définit par le *Vocabulaire juridique* CORNU comme étant une « *mesure temporaire qui fait provisoirement obstacle à l'exercice d'une fonction ou d'un droit, à l'exécution d'une convention ou d'une décision au déroulement d'une opération ou d'une instance..., soit à titre de sanction, soit à titre de mesure*

⁵⁶⁷ Civ. 3^e, 2 avr. 2003, n° 01-14.774, *RTD civ.* 2003. 705, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

d'attente »⁵⁶⁸. La suspension empêche ainsi l'exécution de la convention par l'une des parties. La suspension des effets de la clause résolutoire n'entame en rien le contrat dans lequel cette clause est insérée. Elle a pour rôle de permettre tout au plus de différer l'exigibilité des prestations jusqu'à la cessation de l'empêchement. Dans cette perspective, l'empêchement du débiteur peut résulter de la mauvaise foi du créancier. Cette mauvaise foi a donc pour conséquence d'empêcher le débiteur d'exécuter ses prestations. Pour le Doyen CARBONNIER, la suspension se présente comme « *une réduction de la théorie des risques : tant que l'un des contractants ne peut exécuter ses obligations, l'autre est dispensé d'exécuter les siennes* »⁵⁶⁹. La suspension de la clause résolutoire du fait de la mauvaise foi du créancier empêche ainsi le débiteur d'exécuter ses obligations.

La suspension de la clause résolutoire du fait de la mauvaise foi du créancier désactive en quelque sorte momentanément les obligations qui pèsent sur le débiteur de bonne foi. En effet, « *la suspension diffère l'exigibilité de l'obligation, c'est au regard de l'exigibilité que doit être appréciée l'étendue de la suspension* »⁵⁷⁰. Il demeure tout de même que, le maintien de la force obligatoire des obligations imposées issues de la clause résolutoire est nécessaire ne serait-ce pour l'organisation des rapports contractuels pendant toute la durée de la suspension du contrat. La mauvaise foi éteint en principe l'obligation du débiteur empêché et laisse subsister celle du créancier. Les cas de mauvaise foi qui peuvent se présenter pendant la durée du contrat et dans une clause résolutoire, déchargent la partie qui y est soumise de toute responsabilité quelconque et suspendent l'exécution de ses engagements, ceci aussi longtemps et dans la mesure où l'effet de ces cas de mauvaise foi empêche l'exécution des présentes.

⁵⁶⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, PUF 2014, v° Suspension.

⁵⁶⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004, vol. II, n° 1111, p. 2247.

⁵⁷⁰ P-H. ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP. G* 1996.I. 390, n° 317.

2- La suspension des effets de la clause résolutoire par l'octroi d'un délai de grâce

273. Si en principe, le débiteur doit s'acquitter des sommes mise à sa charge par le contrat, il se peut que ce dernier soit, compte tenu de la mauvaise foi du créancier dans l'impossibilité de s'exécuter. La mauvaise foi du créancier pourrait entraîner comme sanction l'octroi d'un délai de grâce au débiteur qui n'a pu exécuter ses obligations du fait de ce fait. L'octroi d'un délai de grâce aboutit à renvoyer à plus tard le paiement de la dette. D'ordinaire, cela ne dérange en rien au contraire le débiteur ainsi favorisé.

L'analyse du fonctionnement de la suspension du contrat en général offre l'occasion d'élucider le rôle non négligeable que joue l'octroi d'un délai de grâce dans ce domaine. L'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire suspend l'exigibilité de l'obligation du débiteur. La suspension de l'exécution suite à l'octroi d'un délai de grâce du fait de la mauvaise foi du créancier en présence d'une clause résolutoire n'affecte pas la consistance même des prestations contractuelles. Simple mesure conservatoire, la suspension ne doit pas affecter l'existence de l'obligation dont l'exécution est momentanément perturbée par un obstacle de l'octroi d'un délai de grâce. Elle permet tout au plus de différer l'exigibilité des prestations jusqu'à la cessation de l'empêchement. La mise en œuvre, de mauvaise foi, d'une clause de résiliation de plein droit constitue un trouble manifestement illicite que le juge des référés peut aussi faire cesser en ordonnant la reprise et le maintien du contrat. Ainsi donc, le juge peut dans un premier temps octroyer un délai de grâce au débiteur qui n'a pu s'exécuter dans les délais du fait de la mauvaise foi du créancier. Ce même juge peut également dans un deuxième temps ordonner le maintien de la relation contractuelle, que le créancier espérait faire cesser à cause de sa mauvaise foi. C'est dans ce sens que

le juge condamna à la poursuite du contrat après application de mauvaise foi d'une clause résolution⁵⁷¹.

Dans les baux d'immeuble, la suspension affecte l'action engagée par un bailleur de mauvaise foi pour obtenir le paiement des loyers ou la résolution du bail par l'effet de la clause résolutoire. En matière de bail commercial par exemple, la mauvaise foi du bailleur dans l'exécution du bail est sanctionnée par le juge, mais ce dernier ne peut pour autant contrevenir ni au bail ni au statut des baux commerciaux. Dans une espèce, une société propriétaire donne à bail pour 9 ans à la société Belle époque un local à usage bar, restaurant, brasserie. La société Belle époque est mise en liquidation quatre mois plus tard sans jamais avoir exploité le local après l'incarcération de ses dirigeants. De même, il ressort que le local loué était plutôt utilisé comme une boutique d'antiquité voisine d'un fond de restauration exploité par la société belle époque. C'est donc pour exploiter la cuisine dont leur fonds était dépourvu que la société Belle époque a loué les lieux. La société liquidateur a cédé le fonds de commerce Belle époque à la société HDC malgré l'insistance du bailleur fondée sur une clause de cession qui n'autorisait la cession qu'à l'acquéreur du fonds de commerce. La Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 08 septembre 2004 a validé la cession mais cet arrêt a été cassé, et la Cour cassation relève que la mauvaise foi du bailleur ne permet au juge de porter atteinte au contrat. Cette décision permet encore de mesurer l'ampleur des pouvoirs du juge face à la mauvaise foi du créancier dans un contrat. Le juge, comme il a été précédemment souligné, ne peut que suspendre les effets, bien plus l'exigibilité des droits du créancier qui ont été mis en œuvre de mauvaise foi sans pour autant pouvoir porter véritablement atteinte au contrat. En somme, il faut noter que, la mauvaise foi peut faire obstacle à l'application d'un mécanisme contractuel ou légal. De nombreuses décisions ont justifié, par la mauvaise foi du bailleur, la non application de la clause résolutoire par exemple. Les tribunaux sanctionnent ainsi régulièrement les propriétaires qui, par leur mauvaise foi, ont provoqué la défaillance du preneur ou ont empêché celui-ci de déférer aux causes

⁵⁷¹ CA Paris, 10 février 2015, RG n° 14/02110.

du commandement dans les délais requis, en les privant du bénéfice de la clause résolutoire⁵⁷².

274. Toutefois, il convient d'apporter des nuances relativement à l'influence de la mauvaise foi du créancier sur l'acquisition de la clause résolutoire en précisant que, cette mauvaise foi n'exerçait pas d'influence sur le droit au paiement de sa créance et le privait simplement du pouvoir d'invoquer une prérogative contractuelle stipulée à son profit. Il demeure tout de même que, cette mauvaise foi du créancier justifie ce qu'on qualifiera de sanction : l'octroi d'un délai de grâce au débiteur qui n'a pu exécuter ses obligations du fait de cette mauvaise foi du créancier.

P II- La neutralisation de la clause résolutoire

275. L'obligation de mise en œuvre de bonne foi de la clause résolutoire est un puissant tempérament à la force de cette clause. Car en effet, le contrôle de la bonne foi permet au juge d'exercer une réelle emprise sur la clause résolutoire. Il est bien vrai, la clause résolutoire effectue un déplacement dans le temps des pouvoirs du juge ce dernier intervenant *a posteriori* et non *a priori* comme c'est le cas dans le contrat en général. L'immixtion du juge se justifie en même temps par la nécessité de traquer et de sanctionner toute mauvaise foi. La sanction de cette mauvaise foi en présence d'une clause résolutoire peut consister en la neutralisation des effets de cette clause; mais une autre sanction plus grave de la clause résolutoire consiste en sa neutralisation. Pour donc mieux cerner ce deuxième cas de figure il convient de s'intéresser à la clause résolutoire réputée non écrite du fait de la mauvaise foi (A) avant de d'analyser la nullité qui peut également frapper la clause résolutoire conçue de mauvaise foi par le créancier (B).

A- La clause résolutoire réputée non écrite

276. Une clause réputée non écrite est une clause abusive, contraire à la loi : même signée, une telle clause ne peut donc être appliquée. Cette clause est censée ne jamais

⁵⁷² Cass 3^e, 25 novembre 2009, n°8-21. 384 Lamyline.

avoir été incluse dans le contrat. Autrement dit, le contrat demeure valable tout au moins dans la mesure où la clause réputée non écrite n'est pas indispensable à l'existence même du contrat mais seule ladite clause sera écartée.

277. Dans le souci de sanctionner toute mauvaise foi dans la mise en œuvre de la cause résolutoire, la commission française des clauses abusives préconise plusieurs mesures. Il faut noter que, la clause résolutoire en elle-même n'est pas abusive. Elle le devient lorsque ses modalités d'application et ses conditions, imprécises ou draconiennes permettent au créancier de mauvaise foi de décider de la rupture du contrat sous prétexte de la plus légère infraction. En présence d'une clause résolutoire, « *l'abus ne réside pas dans l'emploi du mode conventionnel de résolution mais dans sa perversion* »⁵⁷³.

278. Lorsque le juge décide de réputer la clause résolutoire non écrite, cela revient à dire que la clause devient sans effet. Dans ce sens, la mauvaise formulation de la clause résolutoire peut par exemple conduire le juge à la réputer non écrite. L'article 4 de la loi française de la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, prévoit qu'est réputée non écrite toute clause qui « *prévoit la résiliation de plein droit du contrat en cas d'inexécution des obligations du locataire pour un motif autre que le non-paiement du loyer, des charges, du dépôt de garantie, la non-souscription d'une assurance des risques locatifs ou le 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.* ». Il résulte de cet article que si la clause résolutoire peut être stipulée dans un contrat de bail d'habitation soumise à la loi de 1989, les inexécutions pour lesquelles la clause peut être mise en œuvre sont limitativement énumérées par le législateur. Le créancier ne peut donc donner à la clause toute la portée qu'il souhaiterait

⁵⁷³ Ch. PAULIN, *op.cit.*, n° 54.

en vertu de ses prérogatives de droit commun⁵⁷⁴. Ainsi, est réputée non écrite la clause résolutoire mise en œuvre en matière de baux et de mauvaise foi par le créancier pour des motifs non énumérés par la loi ci-dessus citée.

L'insertion de la clause résolutoire dans une convention ne doit pas créer un déséquilibre entre le créancier et le débiteur. Le nouvel article 1171 du Code civil français dispose d'ailleurs que, « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Cet article reconnaît non seulement le rôle du juge dans l'appréciation du déséquilibre significatif créé par une clause abusive, mais il réprime par la même occasion l'insertion des clauses abusives dans le contrat de façon générale.

La clause résolutoire est donc réputée non écrite en cas d'invalidité, c'est-à-dire, rayée du contrat qui lui subsistera. L'autre sanction non moins importante qu'encourt une clause résolutoire insérée de mauvaise foi par le créancier dans le contrat est la nullité de cette clause qui sera décidée par le juge.

B- La nullité de la clause résolutoire

279. L'expression de « *clause nulle* » est souvent employée en lieu et place de clause réputée non écrite. Il convient de retenir avec un auteur que la distinction entre nullité et clause réputée non écrite « *n'aura guère de portée pratique dès lors qu'une partie à l'acte résistera à la prétention de celle qui souhaitera se soustraire à l'emprise de la clause illicite* »⁵⁷⁵. En réalité ; La clause est réputée non écrite en cas d'invalidité, c'est-à-dire, rayée du contrat qui lui subsistera. Bien que la validité de la clause résolutoire soit largement admise il arrive que celle-ci soit déclarée nulle par les

⁵⁷⁴ V. FRASSON, *Les clauses de fin de contrat*, Thèse Université Lyon III Jean Moulin, 2014, n°662, p. 220.

⁵⁷⁵ O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, Thèse (préf. P. Ancel), PUAM., 1999, p. 100.

juridictions⁵⁷⁶. La nullité de la clause résolutoire doit être prononcée chaque fois qu'elle présente un caractère abusif. La nullité sanctionne ainsi la mauvaise foi du créancier dans la formulation de la clause résolutoire c'est notamment le cas dans les contrats d'adhésion. Mais il demeure qu'en matière de prononcé des nullités des clauses abusives, le juge ne saurait sanctionner comme abusive, la clause dont le législateur ou le pouvoir réglementaire a affirmé la légalité. De même, le juge doit faire une appréciation raisonnable du caractère abusif de la clause résolutoire⁵⁷⁷.

La mauvaise foi du créancier entraînant la nullité de la clause résolutoire peut également découler de la mise en œuvre de cette clause notamment sur délai d'un mois que la mise en demeure doit laisser au débiteur afin de s'exécuter. Dans un arrêt du 8 décembre 2010, la Cour de la cassation française décida que, même si dans les faits le locataire disposait d'un délai d'un mois, si la clause qui sert de fondement mentionne un délai inférieur à un mois, cette clause est nulle et le bailleur ne pourra pas s'en servir pour obtenir le départ du locataire. Le non-respect du délai d'un mois nécessaire au débiteur pour s'exécuter après une mise en demeure du créancier pourrait donc exposer la clause résolutoire entière à la nullité. S'agissant par conséquent de la nullité de la clause résolutoire, le nouvel Article 1178 du Code civil français prévoit qu' « *un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé* ». La clause résolutoire nulle est censée n'avoir jamais existé dans ses conséquences. Le contrat lui-même subsiste, seule la clause résolutoire est annulée. Dans ce sens, l'article 1438 du Code civil québécois dispose que : « *La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite* ».

⁵⁷⁶V. FRASSON, *op.cit.*, p. 194.

⁵⁷⁷ Ch. PAULIN, *op.cit.* p 65, n 61.

280. En somme, bien que la validité de la clause résolutoire soit largement admise, il arrive que celle-ci soit déclarée nulle par les juridictions. Le débiteur échappe ainsi au pouvoir de sanction du créancier, mais il n'échappe pas pour autant à toute sanction. Lorsque la clause résolutoire est déclarée nulle, le créancier peut demander à bénéficier de la résolution judiciaire sur le fondement des inexécutions reprochées au débiteur⁵⁷⁸ et le juge pourrait donc sanctionner le débiteur défaillant. La mise en œuvre de la clause résolutoire n'épuise pas le pouvoir de sanction à l'égard du débiteur. Les juges du fond retrouvent alors leur pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution reprochée pour décider de la résolution du contrat.

⁵⁷⁸Cass. 3^{ème} civ. 29 avril 1985 n°83-14.916 Bull. n°70 : « *L'insertion dans le bail d'une clause prévoyant la résiliation de plein droit à défaut de paiement du loyer aux échéances convenues ne prive pas le bailleur du droit de demander la résiliation judiciaire pour ce même manquement* », Cass. 3^{ème} civ. 8 juin 2006 n°05-14.356 Bull. n°143.

Conclusion chapitre II

281. Le contrôle de la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause résolutoire constitue une puissante arme entre les mains du juge. En effet, dans cet acte de justice privée que constitue la mise en œuvre de la clause résolutoire, le créancier a le devoir de faciliter à son cocontractant l'exécution de ses engagements, faute de quoi il y aurait violation du principe selon lequel les conventions doivent s'exécuter de bonne foi. Cette bonne foi est l'instrument privilégié de l'intercession judiciaire contre les risques d'abus dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit⁵⁷⁹. De même, un des domaines où la règle (bonne foi) a trouvé des consécutions les plus spectaculaires ces dernières années est sans doute celui de la clause résolutoire de plein droit. C'est essentiellement sur la notion de bonne foi que la jurisprudence s'est appuyée pour faire un contrepoids à ce type de stipulation⁵⁸⁰.

Ainsi donc, en présence d'une clause résolutoire, non seulement le juge contrôle le fait que la mise en œuvre de la clause résolutoire s'est faite de bonne foi, mais il va plus loin en sanctionnant de façon systématique toute mauvaise foi dans une clause résolutoire. Le contrôle de la mauvaise foi est l'une des fenêtres par laquelle le juge s'infiltré dans la mise en œuvre de la clause résolutoire pour en assurer le contrôle. Cette attitude du juge est à encourager en raison du fait que la dangerosité de ce mécanisme pour le contrat implique un minimum de contrôle du juge.

⁵⁷⁹ F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Défrénois* 1993, n° 12.

**TITRE II- L'ÉTENDUE DE L'INTERVENTION DU JUGE EN
PRÉSENCE D'UNE CLAUSE RÉVOCATOIRE**

282. La question de savoir « si » le juge doit intervenir dans une clause résolutoire qui n'existe que pour contrecarrer cette intervention ne fait plus de doute. C'est plutôt la question du « où » le juge intervient concrètement dans cette clause qui soulève le débat le plus intéressant. L'interrogation à laquelle une réponse sera donnée dans ce titre est celle de savoir jusqu'où se matérialise concrètement l'intervention du juge dans une clause résolutoire. Le juge intervient pratiquement en présence d'une clause résolutoire pour plusieurs raisons que l'on essaiera de regrouper. En effet, dans un premier temps, le pouvoir modérateur du juge se manifeste dans le fait qu'en se fondant sur le contenu imprécis de la mise en demeure, il peut neutraliser les effets de la clause résolutoire⁵⁸¹. La résiliation d'une convention en vertu d'une clause résolutoire expresse peut intervenir sans mise en demeure préalable, dès lors que cette dispense est expressément prévue par le contrat, c'est précisément pour contrôler la régularité des mentions et du délai accordé au débiteur pour s'exécuter que le juge s'immisce dans la clause résolutoire (Chapitre 2). Dans un deuxième temps, il faut noter que la rédaction de la clause résolutoire obéit à un formalisme rigoureux auquel les parties doivent se soumettre. En effet en sus du fait que la clause résolutoire soit clairement rédigée, la précision de l'exclusion du juge dans la rédaction de cette clause est également une condition de son efficacité. Le juge est donc celui qui assure le contrôle de la régularité de cette rédaction (chapitre 1).

⁵⁸¹ F. OSMAN « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Défrénois* 1993, n° 9, p. 4.

**CHAPITRE I : L'EXAMEN DES EXIGENCES RELATIVES À LA
RÉDACTION DE LA CLAUSE RÉVOCATOIRE**

283. « *La bonne rédaction* » de la clause résolutoire conditionne son efficacité. En présence d'une telle clause, le maniement du langage lors de sa formulation déterminera si oui ou non le juge doit intervenir soit pour comprendre le sens de ce que les parties ont voulu donner à leur clause, soit pour simplement vérifier la régularité de rédaction de cette clause. Cependant, et très souvent, l'on constate que, la clause résolutoire est limitée par sa rédaction qui, en raison de sa formulation, entraîne des imprécisions quasi-inévitables. En réalité, le maniement du langage de la clause résolutoire présente des revers. Elle peut dans un premier temps être un bouclier pour ce mécanisme et dans un second temps représenter un véritable danger pour elle en devenant une porte d'entrée pour le juge, alors que cette clause a paradoxalement pour finalité de contourner toute intervention judiciaire. La mauvaise rédaction de ladite clause est donc l'un des prétextes justifiant l'immixtion du juge.

284 La question de l'examen des exigences relatives à la rédaction de la clause résolutoire, tout comme celle du contrôle du juge de cette clause entretiennent des liens étroits avec celle du pouvoir modérateur du juge dans la clause résolutoire de façon générale. En effet, l'une des préoccupations qu'elle soulève est celle de savoir que fait le juge face à une clause résolutoire mal rédigée ?

En général, il échoit aux parties de s'assurer qu'elles ont clairement rédigé la clause résolutoire, le juge de son côté devant s'assurer du contrôle de la rédaction de cette clause. Les enjeux liés à la formulation du langage de la clause résolutoire sont considérables. En effet, le contrôle qu'effectue le juge sur la rédaction de la clause résolutoire porte aussi bien sur la forme à savoir la qualité rédactionnelle de cette clause (Section I), que sur le fond de cette clause à travers la vérification de la présence de ses mentions obligatoires (Section II).

SECTION I- Le contrôle de la qualité rédactionnelle de la clause résolutoire

285. Les parties qui prévoient une clause résolutoire dans leur contrat doivent veiller à la clarté, la précision et la concision de cette clause. Dans toutes les hypothèses, la clause devra être dénuée d'ambiguïté⁵⁸². En effet, l'intervention du juge en présence d'une clause résolutoire trouve aussi son fondement dans les soucis de s'assurer de ce que les parties ont réellement voulu dire dans leur clause. Pour ce faire, les parties devront être pointilleuses au niveau de la rédaction de façon à ce que toute équivoque soit levée relativement au sens qu'elles ont souhaité donner à leur clause. En effet, il convient de le noter que, seule une obligation expressément stipulée peut faire l'objet d'une action en constatation d'acquisition de la clause résolutoire insérée dans un bail commercial. En un mot, la rédaction claire et précise de la clause s'impose afin de ne laisser aucun doute aux parties sur les circonstances exactes de son éventuelle mise en œuvre⁵⁸³.

Ainsi le juge est celui qui se rassure de la qualité rédactionnelle de la clause résolutoire, par le contrôle qu'il effectue sur cette clause. Pour donc comprendre l'ampleur, le domaine et la finalité de ce contrôle, dans les lignes qui suivent, le rapport qu'il existe entre l'ambiguïté et l'intervention du juge dans la clause résolutoire sera présenté (Paragraphe I). L'on tablera également sur le fait que la clause résolutoire doit en effet être dotée d'un caractère explicite et précis (Paragraphe II).

⁵⁸² C. CARON, « Le clause résolutoire en droit français », *Revue de la faculté de droit de sfax*, 2000, p. 83.

⁵⁸³ J. MAZURE, « Baux commerciaux : la clause résolutoire doit être strictement interprétée pour être mise en œuvre, À propos de Cass. 3^e civ., 17 sept. 2013 », *Défrénois*, 30 décembre 2013 n° 24, p. 1256.

Paragraphe I- Le lien de causalité entre l'ambigüité de la rédaction et l'intervention du juge

286. Le problème que pose la défaillance de la rédaction de la clause résolutoire c'est que cette défaillance justifie très souvent l'intervention du juge dans cette clause (A), en même temps qu'elle fragilise ladite clause (B).

A - L'ambigüité de la rédaction, source du pouvoir d'appréciation du juge

287. Les contractants sont libres de déterminer le contenu de leur clause résolutoire, qui doit ainsi être rédigée sans ambigüité et énumérer de façon expresse les obligations qui seront sanctionnées. Car en effet, la formulation trop vague de la clause résolutoire délie le juge de la force obligatoire de cette clause, le juge récupère de ce fait sa liberté d'appréciation et donc son pouvoir de contrôle. La rédaction de la clause résolutoire joue somme toute un rôle essentiel⁵⁸⁴. Pour donc mieux cerner l'importance de la bonne rédaction d'une clause résolutoire, il convient d'analyser ce qu'on appelle « *clause résolutoire mal rédigée* » (1), avant d'analyser le rôle du juge dans de telles clauses (2).

1- La clause résolutoire mal rédigée

388. Une clause résolutoire mal rédigée est une clause qui, dans sa formulation, ne laisse pas clairement transparaître l'intention des parties. Cette défaillance dans la rédaction de la clause résolutoire peut être une invitation involontaire que les parties adressent au juge qui peut intervenir donc pour contrôler leur clause. En présence d'une telle clause, le maniement du langage de sa formulation déterminera si oui ou non le juge doit intervenir pour soit l'interpréter ou la qualifier. Les enjeux liés à la formulation du langage de cette clause sont donc considérables. Il faut entendre par clause résolutoire mal rédigée celle qui ne fait pas ressortir clairement la véritable intention des parties. En effet, le juge ne saurait déduire une clause résolutoire dans un contrat. Sa rédaction, bien

⁵⁸⁴ J-F. GERMAIN, « L'appréciation de la gravité du manquement en matière de résolution de contrat synallagmatique », *RGDC* 2006, p. 464.

plus son langage, doit faire apparaître clairement le lien de causalité qui existe entre l'inexécution et la résolution du contrat. Toute clause, pour être « *résolutoire* », doit nettement préciser le fait que la résolution aura lieu de façon automatique et en dehors de toute intervention du juge. Cependant, la pratique contractuelle regorge de plusieurs clauses résolutoires mal rédigées qu'il convient de présenter afin de mieux justifier l'intervention du juge dans de telles clauses.

289. Les clauses résolutoires de plein droit font souvent l'objet de contentieux devant les tribunaux du fait de leur mauvaise formulation. Les juges sont souvent confrontés à une ou plusieurs questions telles que : est-ce qu'on est bien en présence d'une clause résolutoire ? La formulation de la clause faite par les parties n'ouvre-t-elle pas la possibilité de faire recours à la résolution judiciaire en cas d'inexécution ?

La clause résolutoire doit préciser clairement qu'elle constitue une dérogation au principe de droit commun de la résolution judiciaire des contrats. Cette dérogation au caractère judiciaire de la résolution doit être expressément prévue par la clause. En effet, « *la clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation* »⁵⁸⁵. Ne répond pas à cette exigence. À titre d'exemple, la clause d'un contrat de vente qui prévoit qu'en cas d'inexécution de leurs obligations par les acquéreurs, le vendeur pourra « *faire prononcer* » la résolution de la vente. Ce type de formulation laisse en effet une marge de manœuvre aux parties qui, en cas d'inexécution, disposent de la faculté de saisir le juge pour demander lui demander de statuer. Le fait pour les parties de se contenter de prévoir une résiliation immédiate en cas de manquement grave n'est clairement pas satisfaisant. Le manquement grave doit incontestablement être défini par les parties au risque de voir l'intérêt et l'efficacité de la clause résolutoire totalement anéanti, le juge retrouvant nécessairement tout son pouvoir d'appréciation puisqu'en cas de litige il lui appartiendra de déterminer si le manquement invoqué était suffisamment

⁵⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, n° 84-15.705.

grave pour autoriser une rupture à effet immédiat⁵⁸⁶. La Cour de cassation française qualifie dans le même sens d'équivoque la clause prévoyant qu'à défaut de paiement d'un seul terme d'une rente à son échéance et trente jours après simple commandement contenant déclaration par le créancier de son intention de se prévaloir du bénéfice de la présente clause et restée sans effet, celui-ci aura le droit, si bon lui semble, de faire prononcer la résiliation de la vente. Cette formulation de la clause résolutoire est défailante, ce qui sans doute peut prêter à confusion. La clause résolutoire doit donc expressément viser toutes les obligations du bail pour pouvoir être appliquée, et la Cour de cassation exige un « *manquement à une stipulation expresse* ».

290. Il convient surtout veiller à ce que la rédaction de la clause ne soit pas ambiguë, qu'elle ne soit pas susceptible d'être considérée comme un rappel de l'ancien article 1184 du Code civil français. C'est notamment le cas lorsqu'il est stipulé que le créancier pourra faire prononcer ou demander la résolution du contrat⁵⁸⁷, ou alors que celui-ci sera résolu en cas d'inexécution, sans qu'il soit précisé que cette résolution dépend de la seule volonté du créancier, nonobstant certaines décisions plus laxistes⁵⁸⁸. Quant aux effets d'une clause résolutoire mal rédigée, il faut ajouter qu'une clause équivoque est en principe dépourvue d'efficacité et ne constitue qu'un rappel de l'article 1184 du Code civil. Elle ne dispense pas du prononcé de la résolution, ni du pouvoir d'appréciation du juge. L'existence d'une clause résolutoire peut ainsi se déduire de l'interprétation de la volonté des parties par le juge. Car en effet, l'ambiguïté de la rédaction de la clause résolutoire rend douteuse la volonté du débiteur exposé au jeu de la sanction de se voir privé de la sécurité que lui apporte la résolution judiciaire. La

⁵⁸⁶ L. DESOUTTER, « Propos introductifs, les clauses de rupture- Etude pratique », *Revue Lamy droit des affaires*, n°51, 1^{re} juillet 2010, p.5.

⁵⁸⁷ Cass. 3e civ., 24 févr. 1999, no 96-22.664, *Bull. civ.* III, no 54; Cass. 2e civ., 8 juin 2000, no 98-18.715, Lamyline.

⁵⁸⁸ Cass. 1re civ., 17 mai 1993, no 90-19.959, *Bull. civ.* I, no 182, *D.* 1994, jur., p. 483, note Ch. PAULIN. ; *adde* Cass. 1re civ., 3 déc. 1996, no 94-21.775, *Bull. civ.* I, no 424, *JCP.G* 1997, II, n° 22815, note Ph. REIGNÉ.

bonne rédaction de la clause résolutoire conditionne donc son efficacité et le rédacteur du contrat devra donc veiller à prévoir une clause résolutoire claire et précise.

2- Le rôle du juge dans la clause résolutoire ambiguë

291. Le contrôle de la rédaction offre au juge la possibilité de recouvrer les pouvoirs que les parties ont jadis voulu lui retirer. Ce contrôle de la rédaction étonne et surprend lorsqu'il concerne des clauses résolutoires. Il n'est pas superflu de le redire, la raison d'être de la clause résolutoire est d'empêcher toute intervention du juge en cas d'inexécution du contrat. Cependant, il est fréquent de noter aussi que, les parties par une rédaction ambiguë donnent l'opportunité au juge d'intervenir pour donner un sens à leur clause. Ceci étant relevé, le rôle qu'assume principalement le juge lorsqu'il intervient dans un contrat dans lequel une clause résolutoire ambiguë a été insérée est de soit interpréter ou de qualifier cette clause.

Dans le souci de trancher avec toute ambiguïté du langage de la clause résolutoire et par ricochet de la rattacher à une catégorie juridique précise, le juge doit la qualifier. La recherche d'un vocabulaire adapté à la clause résolutoire est essentielle pour donc contourner toute qualification du juge. Le langage imprécis et superflu que les parties usent dans une clause résolutoire convoque négligemment le juge à la qualifier. Cette situation n'est pas à leur avantage. L'emploi des termes vagues, vides de sens, ou à consonance fortement polysémique est souvent la cause de nombreux litiges en présence d'une clause résolutoire⁵⁸⁹. Il est pareillement courant d'observer que, compte tenu du langage des parties, le juge requalifie également la clause résolutoire. En effet, concernant la requalification de la clause résolutoire, son effet sur le contenu de cette clause est évident. La qualification donnée implique un certain contenu à la clause en cause. La qualification que les parties donnent à leur clause peut constituer une échappatoire aux règles impératives d'un statut. Le pouvoir, voire le devoir de

⁵⁸⁹ N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2014, n° 395, p. 321.

requalification reconnu au juge permet de restituer à la clause sa véritable étiquette juridique.

Le contrôle effectué par le juge sur la formulation de la clause résolutoire peut aussi l'emmenner à interpréter cette clause pour découvrir la véritable intention des parties. L'absence de filtration rédactionnelle de la clause résolutoire oblige le juge en d'autres termes à l'interpréter. En matière d'interprétation, il convient de dire que le juge jouit d'une véritable liberté. Cette liberté lui permet en effet de rechercher, creuser ce que les parties ont réellement voulu dire par le truchement de leur clause. Dans le souci de contourner donc toute intervention du juge dans la clause résolutoire, les parties doivent se rassurer de la clarté de rédaction de cette clause. En somme, il faut noter que « *la clause résolutoire de plein droit qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation du juge, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges retrouvent leur pouvoir d'appréciation* »⁵⁹⁰

B - L'ambiguïté de la rédaction, source d'inefficacité de la clause résolutoire

292. L'ambiguïté de la rédaction d'une clause résolutoire, en sus du fait qu'elle la rend inefficace, peut également donner l'opportunité au juge soit de qualifier ou d'interpréter ladite clause. La portée d'une clause résolutoire mal rédigée ne sera en réalité que fort réduite, et elle n'aura qu'un intérêt très relatif. Elle constitue, selon la jurisprudence, un simple rappel des dispositions légales, et la résiliation ne pourra intervenir que dans le cadre d'une demande en justice⁵⁹¹. L'ambiguïté de la rédaction d'une clause résolutoire expose cette clause au risque de complètement de cette clause par le juge, elle entraîne des contradictions internes, des dissentiments latents, le risque de nullité partielle ou totale de cette clause. Cette défaillance dans la rédaction de la

⁵⁹⁰ Cass ; civ ; 3^e, 12 octobre 1994, *Bull.civ.* III, n° 178 p. 113 ; JCP 1995, I, 3828, n° 14, obs C. JAMIN.

⁵⁹¹ Cass. req., 3 mai 1937 : DH 1937, p. 364. - Cass. com., 24 mai 1955 : *Bull. civ.* III, n° 134 ; *Rép. civ. Dalloz*, 2e éd., V° Contrats et conventions, n° 408.

clause débouche principalement sur le risque de qualification ou d'interprétation inattendue de la clause résolutoire. Souvent, le juge qualifie aussi la clause résolutoire mal rédigée pour souvent des raisons d'opportunité aussi. Il est pareillement courant d'observer que, compte tenu du langage des parties, le juge requalifie également la clause résolutoire.

293. Si le contrat n'est ni obscur ni équivoque, il est clair et ne mérite pas d'être interprété. Le juge qui, prétendant interpréter un acte clair, ne tiendrait pas compte de la volonté des contractants, dénaturerait les termes de l'accord contractuel. Le véritable risque que court une clause résolutoire soumise à une interprétation est celui de sa dénaturation. La dénaturation représente en réalité l'interprétation d'un acte clair et précis en lui octroyant un autre sens, et la Cour de cassation peut sanctionner cet abus de pouvoir du juge. C'est une question de droit qui est alors en cause, ce qui légitime l'intervention de la haute juridiction : si un juge transforme la volonté certaine des parties en l'interprétant, il viole le nouvel article 1103 du Code civil qui dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». Cela explique que la dénaturation soit un cas spécifique d'ouverture à cassation. Ce que l'on peut déplorer tout de même en présence d'une clause résolutoire, c'est le fait que « *sous couvert d'interprétation, le juge ne se limite pas à clarifier ce qui est obscur ou à révéler le sens véritable de ce qui a été exprimé de manière plus ou moins confuse* »⁵⁹².

294. Le danger de l'interprétation de la clause résolutoire peut également résulter du fait que le juge peut méconnaître la nature de clause résolutoire que les parties ont voulu attribuer à leur clause, et la qualifier plutôt d'un simple rappel de l'article 1217 du Code civil. L'interprétation de la clause résolutoire peut encore la dénaturer d'autant plus que « dénaturer c'est interpréter ce qui n'a pas lieu de l'être »⁵⁹³. En plus, parlant de

⁵⁹² Ph. SIMLER, Propos introductif du Colloque ayant pour thème « A la recherche des frontières de l'interprétation », *Revue des contrats*, 31 mars 2015, n°1.

⁵⁹³ D. TRICOT, « Le juge : le contrôle de la dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », in Colloque sur *L'interprétation, une menace pour la sécurité des conventions ?*, *Revue des contrats*, 31 mars 2015.

la clause résolutoire, toute variante apportée à cette clause claire et précise revient à la dénaturer par une interprétation qui n'a pas lieu d'être.

295. Il demeure que, sous couvert de l'interprétation de la clause résolutoire, la mission du juge va bien au-delà de la recherche de la « *commune volonté* » des parties. Cette volonté, très souvent, est modifiée, complétée, parfois réinventée. Le juge, qui n'a ni participé à la préparation du contrat ni été associé à sa mise en œuvre, est ainsi tenu de l'interpréter. Cette obligation faite au juge ne lui laisse cependant pas une totale liberté. Il lui faut s'inspirer des principes d'interprétation posés par les articles 1188 et suivants du Code civil. Très souvent, un autre problème qui se pose et qui est de loin d'être négligeable c'est que dans la formulation de leur clause, les parties ont fait usage d'un langage ordinaire qui leur est compréhensible. Le juge, par l'interprétation de cette clause au moyen du langage juridique, crée une véritable interférence entre ces deux langages. L'on se demande s'il faut privilégier dans l'interprétation de la clause résolutoire le langage ordinaire utilisé par les parties pour rechercher leur intention ou alors user plutôt du langage juridique. Tout compte fait, les parties ayant saisi le juge pour qu'il donne le véritable sens de leur clause sont tenues, de se soumettre à l'interprétation au moyen du langage juridique que donnerait ce juge.

La crainte de l'interprétation devient d'autant plus impérieuse que l'histoire du droit des contrats n'est pas avare des cas dans lesquels l'interprétation du contrat a été un alibi exploité par le juge pour forcer le contrat, en incorporant dans celui-ci de nouvelles obligations, et en sollicitant opportunément le convenu entre les contractants pour modifier le contenu contractuel⁵⁹⁴. Pour donc résoudre le problème des interprétations fantaisistes de la clause résolutoire par le juge, il faut s'accorder avec le Doyen CARBONNIER pour relever que, normalement quand « une convention est

⁵⁹⁴ D. MAZEAUD, *op.cit* n°1.

claire et précise, il n'y a plus lieu de l'interpréter mais seulement à l'exécuter »⁵⁹⁵, car en effet « *in claris interpretatio cessat* ».

PII- La nécessité d'une rédaction explicite de la clause résolutoire

296. La rédaction de la clause résolutoire doit être explicite du moment où cette clause ne se présume pas. Le juge contrôle principalement cette rédaction et c'est à cette occasion qu'il peut soit interpréter la clause en recherchant ce que les parties ont voulu réellement dire ou qualifier ladite clause pour lui coller une étiquette précise. L'efficacité de la clause résolutoire dépend ainsi de sa rédaction. Il sera question dans cette partie de préciser les rôles respectifs des parties lors de la rédaction d'une clause résolutoire et celle du juge pendant le contrôle qu'il effectue sur cette clause. Ces deux rôles entretiennent de liens étroits avec l'efficacité de cette clause. Il importe de consulter le droit positif pour préciser l'ampleur du contrôle que réalise le juge relativement à la rédaction de cette clause (A), avant d'analyser l'influence d'une rédaction explicite sur la clause résolutoire (B).

A- La matérialisation de la rédaction explicite de la clause résolutoire

297. L'ambiguïté dans la rédaction du langage de la clause résolutoire est l'une des « fenêtres » par lesquelles le juge s'infiltré dans cette clause. Parallèlement, la rédaction minutieuse et claire amenuise considérablement l'incursion du juge. Le formalisme qu'exige la rédaction de la clause résolutoire a des avantages considérables. Il prévient des engagements irréfléchis, donne certitude à l'acte et empêche des fraudes à l'égard du tiers⁵⁹⁶. Les parties doivent formellement exprimer leur volonté tant dans le principe de l'exclusion de l'intervention judiciaire que dans les conditions et les modalités d'application de la clause résolutoire.

De la rédaction de cette clause va donc dépendre la réponse à la question de savoir si les parties ont stipulé une clause résolutoire ou si elles ont seulement rappelé, à des

⁵⁹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens les obligations*, PUF, coll. Cadrige, 2004, n° 1059.

⁵⁹⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2009, n° 132.

fins comminatoires, la sanction légale. Si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement et viser expressément les manquements susceptibles de justifier une résolution, sous peine d'être interprétée très restrictivement par les tribunaux⁵⁹⁷

298. Le juge ne devrait pas avoir besoin d'interpréter le contrat afin de découvrir une clause résolutoire que les parties auraient tacitement convenu⁵⁹⁸. « *Si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement* ». Toutes les expressions vagues et équivoques sont donc à éviter par les parties dans une clause résolutoire. Une autre technique utilisée par les parties pour évincer le juge de l'interprétation ou de la qualification de clause résolutoire, et qui mérite une attention particulière concerne la détermination du champ d'application de cette clause. La clause résolutoire doit être prévue au contrat, et prévoir l'infraction invoquée, à défaut de quoi aucune résiliation automatique ne pourra intervenir, et seule l'action en résiliation judiciaire pourra être mise en œuvre. Elle prévoit les manquements qui pourront donner lieu à sa mise en œuvre avec une formule, le plus souvent assez large, telle que : À défaut de paiement d'une seule échéance du loyer, des charges ou de toutes autres sommes, ainsi qu'en cas d'inexécution de l'une quelconque des clauses du bail, et un mois après un commandement resté sans effet, le contrat sera résilié de plein droit. Mais ce n'est pas la seule rédaction de la clause qui doit être examinée, mais également la rédaction du contrat lui-même, dont elle constitue la sanction. En effet, un contrat doit être rédigé avec clarté et précision. Un accord clair est indispensable pour éviter les ambiguïtés d'interprétation avec des personnes qui n'ont pas été impliquées dans la négociation de l'accord et dans sa rédaction. Les clauses indûment détaillées donnent naissance à plus de problèmes qu'elles n'en résolvent⁵⁹⁹

⁵⁹⁷ Civ. 3^e, 5 janv. 1993, n° 91-14.840, *Loyers et copr.* 1993, n° 130. - 18 mai 1988, *Bull. civ.* III, n° 94. - Défrénois 1988. 1461, obs. G. VERMELLE ; *RTD civ.* 1989. 316, obs. J. MESTRE. - 8 janv. 1985, *Bull. civ.* III, n° 6.

⁵⁹⁸ Cass. 1^{er} civ., 17 mai 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 2, jur., p. 82, *RTD civ.* 1954, p. 666, obs. CARBONNIER J. ; Rapp. C. cass. 1988, Doc. fr., 1988, p. 194.

⁵⁹⁹ H-J. TAGUM FOMBENO, *Négocier et rédiger au mieux ses contrats dans l'espace OHADA*, L'Harmattan 2010, p. 16.

La rédaction est une étape majeure dans le processus contractuel de façon générale et pour une clause résolutoire en particulier. Pour la mener à bien, le rédacteur doit être un « *connaisseur de l'art* », donc une personne avisée et suffisamment outillée. Autrement dit, tout rédacteur de contrat doit en principe disposer des prérequis et compétences devant permettre non seulement une bonne appréhension des volontés des parties mais aussi et surtout, l'expression de celles-ci dans un contrat. La rédaction d'une clause résolutoire requiert en effet la clarté, méticulosité, précision et concision. Elle doit être libellée de manière simple, claire et sans surcharge. Les termes tels que exceptionnel, vraisemblable, prévisible, raisonnable, possible sont déconseillés car pouvant être source de contestation. Il est aussi important de bien respecter les formes grammaticales, la ponctuation et les prépositions. Faute de défaillance de cette pression, le juge pourrait donc intervenir pour contrôler la régularité de cette rédaction.

B- L'influence d'une rédaction explicite sur la clause résolutoire

299. La rédaction explicite de la clause résolutoire est une véritable arme entre les mains des parties pour évincer le juge de ce mécanisme. Considérant par exemple le fait que, « *in claris interpretatio cessat* » en matière d'interprétation, le juge ne saurait donc en d'autres termes interpréter une clause résolutoire qui est explicitement rédigée. La bonne formulation est donc un gage de l'évitement de l'intervention du juge dans la clause résolutoire. Ceci étant brièvement relevé, dans cette partie l'on abordera la question sous l'angle des méfaits de l'exigence d'un excès de formalisme dans la clause résolutoire

300. Il convient de noter que, ce sont les faiblesses du consensualisme qui ont conduit à un renforcement, à une renaissance du formalisme dans le contrat. Le formalisme exigé dans le contrat et par ricochet dans la clause résolutoire s'entend de l'« *exigence de forme poussée au plus haut degré* »⁶⁰⁰. Ce formalisme exigé dans la clause résolutoire contribue à rendre cette la clause résolutoire plus fragile.

⁶⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, v° Formalisme.

L'occasion a déjà été donnée de mettre en lumière plus haut les éléments qui doivent être présents, pour que la clause résolutoire soit valide dans un contrat. Il nous semble cependant important de les reprendre rapidement ici pour mettre en lumière, de manière efficace, la charge que fait peser le législateur et le juge sur les épaules du créancier qui rédige une clause résolutoire, ceci afin de mieux marquer les difficultés qui peuvent peser sur ce créancier. Pour qu'une clause résolutoire soit valide, il faut qu'elle soit clairement rédigée et ne regorger aucune ambiguïté, elle doit être pareillement précise aussi bien dans son libellé que dans son contenu. Très souvent, un autre problème qui se pose et qui est de loin négligeable c'est que dans la formulation de leur clause, les parties peuvent faire usage d'un langage ordinaire qui leur est compréhensible. Le juge par l'interprétation ou la qualification de cette clause au moyen du langage juridique crée une véritable interférence entre ces deux langages. L'on se demande s'il faut privilégier par exemple dans l'interprétation de la clause résolutoire le langage ordinaire utilisé par les parties pour rechercher leur intention ou alors user plutôt du langage juridique employé par le juge. Tout compte fait, les parties ayant saisi le juge pour qu'il donne le véritable sens de leur clause sont tenues de se soumettre à l'interprétation au moyen du langage juridique que donnerait ce juge.

301. Lors de la conception et de la formulation d'une clause résolutoire insérée dans un contrat, le créancier doit prévoir un grand nombre d'éléments avec beaucoup de précision. À défaut, les problèmes se présenteront à lui à l'avenir, d'une façon ou d'une autre : il peut s'agir entre autre de la nullité du contrat. Le créancier n'a donc *a priori* d'autre choix que celui de respecter autant que possible les exigences posées aussi bien par le législateur que par le juge. Pour ce faire, s'il veut être protégé efficacement et rédiger de façon acceptable la clause résolutoire, il devra recourir aux conseils de juristes, d'avocats, ce qui est évidemment une charge, une contrainte pour lui.

Il demeure que l'exigence d'une formulation explicite de la clause résolutoire ne présente pas que des inconvénients. La « bonne » rédaction de la clause résolutoire est un gage de l'efficacité de ce mécanisme qui par la même occasion sera à l'abri de toute incursion du juge du fait de cette bonne rédaction. Le formalisme exigé dans la clause

résolutoire a véritablement un rôle protecteur pour cette clause⁶⁰¹. Le formalisme présente plusieurs avantages dans la clause résolutoire : Elle permet au débiteur d'éviter de donner un consentement léger à cette clause d'éviter les incertitudes qui pourraient naître quant au contenu et la nature de cette clause. Ce formalisme permet aussi d'attirer l'attention des parties sur l'importance et la portée de leur engagement, en les invitant à la réflexion et à la vigilance dans la rédaction de leur clause. Tous ces exemples contribuent à soutenir aussi l'importance du respect du formalisme dans la clause résolutoire.

SECTION II : Le contrôle de la précision de la clause résolutoire

302. Le contrôle de la précision de la rédaction de la clause résolutoire qu'opère le juge est différent de celle de la clarté de cette clause. En effet, si le contrôle de la précision de la clause résolutoire fait appel à la vérification des éléments de fond de cette clause, celui de la clarté porte sur sa forme. En d'autres termes, pendant que le contrôle de la clarté porte sur le contenant de cette clause, le contrôle de précision porte quant à lui, sur son contenu. Il convient de présenter l'ampleur du contrôle qu'effectue le juge sur la précision de la clause résolutoire (Paragraphe I) avant de s'arrêter sur la sanction de l'imprécision de la clause résolutoire (Paragraphe 2).

PI : La teneur du contrôle de la précision de la clause résolutoire

303. Selon la nature du contrat, la jurisprudence prend soin de déceler les ambiguïtés créées volontairement ou non par les contractants. Les notions et les termes choisis se révèlent donc être les premiers instruments au service de la précision⁶⁰². La compréhensibilité des clauses et leur appropriation par les contractants requièrent tout d'abord l'emploi d'un vocabulaire adapté à la situation contractuelle concernée et la précision dans la rédaction au travers de l'énumération des infractions susceptibles de

⁶⁰¹ J-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris PUF 1992, p. 281.

⁶⁰² N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse Université d'Auvergne- Clermont Ferrand, Octobre 2014, n° 384, p.320.

faire jouer la clause résolutoire. Concrètement, à ce niveau le contrôle du juge porte sur la précision des modalités de rupture (B), et le contrôle de la précision de l'énumération des obligations pesant sur le débiteur (A).

A- Le contrôle de la précision de l'identification des obligations pesant sur le débiteur

304. La présence d'une clause résolutoire dans le contrat ne prive pas le juge de tout pouvoir d'appréciation. Saisi d'une contestation par le contractant victime de la rupture, il retrouve une marge de manœuvre non négligeable dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. Mieux les parties auront anticipé, notamment au moyen d'une rédaction adaptée, moins ce contrôle opérera⁶⁰³. L'efficacité des clauses résolutoires est strictement limitée aux prévisions du contrat. Les stipulations d'une clause résolutoire sont précises, lorsqu'elles renferment une description détaillée des situations envisagées. Tel est notamment le cas des contrats d'assurance dans lesquels une clause impose au souscripteur des mesures de précaution très précises (fermeture des portes, installation d'un système d'alarme, etc.), destinées à le responsabiliser et à réduire les sinistres.

Plusieurs éléments doivent être mentionnés dans la clause sous peine d'en empêcher le jeu. Il faut rappeler que toute ambiguïté, tout doute, est interprété par le juge en faveur du débiteur. La clause résolutoire doit indiquer expressément que la résolution joue automatiquement, sans recours au juge, que la sanction joue de plein droit. Le juge contrôle si les formalités de mise en œuvre de la résolution ont été envisagées par la clause. Il convient également de préciser dans quels cas cette sanction automatique s'applique. La liberté des cocontractants étant importante, sous réserve que la réciprocité soit prévue, il suffit donc d'apporter les précisions nécessaires sur trois points: les obligations concernées par la sanction, l'étendue de l'inexécution requise pour

⁶⁰³ L. DESOUTTER, « Les clauses de rupture – étude pratique », propos introductifs, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 51, 1^{re} juillet 2010.

faire jouer la sanction, les causes de l'inexécution qui permettent de faire jouer la clause. Il faut enfin énumérer les effets de la sanction. D'une part, il est nécessaire d'indiquer si la sanction est une résiliation emportant anéantissement pour l'avenir ou une résolution emportant anéantissement rétroactif du contrat. Le choix des termes a ici toute son importance, le juge y étant attentif en cas d'interprétation. D'autre part, il faut envisager les éventuelles conséquences de la sanction. La clause résolutoire étant un mécanisme conventionnel tendant à résoudre automatiquement un contrat en cas de défaillance du débiteur de l'obligation. La convention faisant la loi des parties, ce mécanisme ne peut s'appliquer que si la clause résolutoire figure dans le contrat et sanctionne l'infraction invoquée⁶⁰⁴. Autrement dit, la clause résolutoire ne peut être mise en œuvre que pour une obligation mentionnée dans le contrat. Elle ne pourra pas, par exemple, sanctionner des obligations mises à la charge du preneur commerçant par le statut des baux commerciaux dans le Code de commerce, et qui ne sont pas reprises dans le contrat : il en sera ainsi notamment de l'obligation d'exploiter, et de l'interdiction de sous-location, si le contrat n'y fait pas référence⁶⁰⁵.

304. De façon générale, la première des qualités requises d'un bon contrat est qu'il soit compréhensible. Les parties doivent pouvoir saisir les termes de leur engagement ; il y va presque de leur consentement. Cela étant dit, compréhension n'est pas forcément synonyme de simplicité car certains individus sont à même de percevoir la signification de termes complexes. Rien ne s'oppose par exemple donc, dans les contrats d'affaires conclus entre professionnels, à ce que les rédacteurs emploient des termes juridiques ou techniques dont le sens échapperait au profane. En présence d'un consommateur, en revanche, la prudence doit être de mise et le vocabulaire le plus abordable possible. La précision des termes employés dans la clause résolutoire est essentielle. Les termes flous, vagues et vides de sens ou, au contraire, les mots à double ou triple sens, qui sont

⁶⁰⁴ J-M. CHAUVIN, « Les effets de la clause résolutoire dans les baux commerciaux », *In: Revue juridique de l'Ouest*, 1994-1. pp. 33-59 p 36.

⁶⁰⁵ Civ. 3^e, 8 janv. 1985, *D.* 1985. 236 ; - Civ. 3^e, 19 mai 2004, n° 02-20.243 , *AJDI* 2005. 208, note M.-P. DUMONT

souvent la cause de nombreux litiges. Il faut aussi se garder d'employer un mot pour un autre. La justesse du vocabulaire de la clause résolutoire insérée dans un contrat, au demeurant, ne concerne pas seulement le langage juridique. Cette clause peut très bien contenir des termes empruntés au langage courant ou à un registre plus technique ou scientifique, mais encore faut-il qu'il le fasse à bon escient, en s'en tenant si possible à la signification communément admise.

306. En définitive, il faut noter que le contenu de la clause résolutoire doit informer. Ceci suppose que le créancier soit diligent dans l'énumération des obligations qu'il opère dans cette clause. Le rôle du juge à ce niveau est de se rassurer de la rédaction précise de cette clause, en se rassurant de l'exhaustivité de la prévision des obligations pesant sur le débiteur.

B- Le contrôle de la précision des modalités de la rupture du contrat

307. Il faut relever que, le formalisme moderne correspond à ce que l'on a pris l'habitude de nommer formalisme de la mention ou encore formalisme informatif. Il a pour objectif d'informer les parties, et surtout la partie faible, du contenu exact du contrat qu'elles concluent. Il s'agit de rétablir l'équilibre entre les deux contractants. On s'est, en effet, rapidement rendu compte que les parties n'étaient pas dans un rapport d'égalité absolue face au contrat et que, nécessairement, l'une avait un avantage sur l'autre. La partie forte a plus d'informations que la partie faible, parce qu'elle est en mesure de se renseigner plus facilement ou bien parce qu'elle a une influence sur le contrat que l'autre n'a pas⁶⁰⁶. Le formalisme moderne est tourné vers la protection de la partie faible (le débiteur), vers le rééquilibrage de la situation en sa faveur, ceci en raison du fait qu'il est en position de faiblesse, qu'il ne peut rien négocier, qu'il détient le moins de connaissances. Le formalisme exigé dans la clause résolutoire au travers de l'obligation de la rédiger de façon précise repose principalement sur le créancier. Le

⁶⁰⁶ S. NOEL, *Les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur)*, Thèse Université de Panthéon Assas, novembre 2012, n° 17, p. 28.

rédacteur de la clause résolutoire doit savoir qu'elle s'interprète strictement. Son efficacité ultérieure dépendra donc étroitement de son libellé. En matière de bail à titre d'exemple, la clause résolutoire ne peut être mise en jeu au motif que le locataire n'exploite pas le fonds si cette obligation d'exploiter ne figure pas expressément dans les clauses du bail⁶⁰⁷.

La clause résolutoire ne peut dans ce cadre jouer que « *pour un manquement à une stipulation expresse du bail* »⁶⁰⁸. L'acquisition de la clause résolutoire est ainsi subordonnée. Pour qu'elle puisse être mise en œuvre, il est donc nécessaire que l'infraction dont se prévaut le bailleur soit « *contractuellement sanctionnée par la clause résolutoire prévue au bail* ». À défaut, il ne peut en invoquer le bénéfice. Il est par ailleurs indispensable même si cela peut *a priori* paraître superfétatoire ou redondant à reprendre par exemple dans le bail des interdictions édictées par tel ou tel texte particulier ou encore à stipuler que la clause résolutoire jouera dans le cas de violation des obligations imposées au locataire par des textes légaux ou réglementaires. Ainsi, l'efficacité de la clause résolutoire ne peut être assurée que si la partie qui en fait usage se conforme strictement aux prévisions contractuelles, notamment quant aux conditions de forme, de délais convenus, quant aux hypothèses de rupture prévus par la clause. C'est précisément sur ces aspects que porte le contrôle effectué par le juge sur la clause résolutoire.

308. Le pouvoir souverain de contrôle des juges du fond trouve une limite en présence d'une convention dont les termes sont clairs et précis. L'univocité du sens des clauses du contrat, dont découlerait sa clarté, préviendrait les parties contre le risque d'une interprétation hasardeuse de leur commune volonté⁶⁰⁹. Pour ainsi contrecarrer cet éventuel contrôle du juge, les parties doivent utiliser la formulation de la clause

⁶⁰⁷ Cass. 3e civ., 8 janv. 1985 : *JCP.E* 1985, I, 14268 ; *Bull. civ.* III, n° 6, p. 5.

⁶⁰⁸ Cass. 3e civ., 18 mai 1988 : *JCP.N* 1988, 748.

⁶⁰⁹ Code de consommation français, art. L. 133-2, al. 1er : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. » ;

résolutoire de façon efficace, car la qualité de l'expression, l'accessibilité de la clause résolutoire contribueraient en effet à renforcer son efficacité⁶¹⁰. La précision de l'énoncé de la clause résolutoire suppose que ses destinataires soient mis en mesure de le connaître et de le comprendre. Elle ne saurait cependant être réduite à la simple expression d'une volonté dénuée d'ambiguïté, elle va au-delà de cela. En effet, la clarté d'une stipulation contractuelle ne devrait laisser aucune latitude à son lecteur (le juge en cas d'inexécution), tenu d'en appliquer les termes. Quel rôle pourrait en effet conserver l'interprète confronté à une clause claire et précise⁶¹¹, le juge ne disposerait d'autre choix que de faire produire effet au sens qui s'évince du texte, excluant tout pouvoir d'interprétation.

Concrètement, la précision apparaît comme la limite que le juge s'astreint à ne pas dépasser dans l'exercice de son pouvoir de contrôle dans la clause résolutoire.

P II- La sanction de l'imprécision de la clause résolutoire

308. Maintenant, que l'ampleur du contrôle qu'effectue le juge sur la rédaction de la clause résolutoire est connue, il convient d'analyser les sanctions qui découlent du non-respect de ce formalisme. Principalement, la sanction de la violation du formalisme de la clause résolutoire consiste en sa nullité (A). Il faut, pour ce faire, à nouveau distinguer s'il s'agit d'une nullité absolue ou relative. Encore faut-il appréhender comment le juge applique cette nullité en présence d'une clause résolutoire (B).

A- La nullité : sanction de la mauvaise rédaction de la clause résolutoire

310. Le manquement au formalisme de rédaction de la clause résolutoire est sanctionné par la nullité. Les clauses invalides par leur forme sont traitées comme des clauses abusives, et, à ce titre, sanctionnées comme telles par la nullité. Il demeure qu'on peut davantage creuser pour comprendre les fondements de la nullité du fait de la

⁶¹⁰ M. FERNBACH, « La simplification du texte juridique : étude comparative », in *Français juridique et science du droit*, G. SNOW et J. VANDERLINDEN (dir.), Bruylant, Bruxelles 1995, p. 105.

⁶¹¹ J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 4e éd., 2008, n° 79 et 154.

mauvaise rédaction de la clause résolutoire. Lorsque la clause résolutoire est mal rédigée, on s'interroge : doit-on dire que cette clause est nulle ou simplement qu'elle n'est pas du tout formée ? La logique veut que l'on considère qu'elle est simplement nulle parce qu'au départ dans leur esprit, les parties ont voulu matérialiser une clause résolutoire, c'est la rédaction de cette clause qui fait défaut. La sanction du non-respect de la formalité de la clause permet le respect des règles d'ordre public, en restituant au contrat le régime de la résolution déterminé par le législateur⁶¹². À la question de savoir si la sanction applicable à une clause résolutoire mal rédigée est une nullité relative ou une nullité absolue, il convient de souligner qu'il s'agit en principe d'une nullité absolue. La clause résolutoire mal rédigée est censée ne jamais avoir existé du fait de cette mauvaise formulation. La clause qualifiée de résolutoire selon les parties mais mal rédigée peut être requalifiée par le juge en une autre clause contractuelle, ce qui lui enlève la nature de clause résolutoire à ladite clause. La clause résolutoire mal rédigée est considérée comme un « *mort-né* », car atteint d'un vice trop grave qui affectait son existence. Il est bien vrai qu'on considère de façon générale que lorsque l'intérêt menacé est privé, la nullité ne doit être que relative, alors que lorsque c'est un intérêt général qui est atteint, la nullité doit être absolue. Or, en analysant de plus près l'obligation qui pèse sur les parties de rédiger de façon précise leur clause, on se rend compte que les intérêts en jeu sont assez variés.

En présence d'une clause résolutoire mal rédigée, au-delà de la question de la nature de la nullité, c'est davantage la question du degré de nullité qui se pose : doit-elle être totale ou partielle ? En règle générale, on considère que la solution dépend de l'importance de la clause litigieuse (qui pose une difficulté soit par son absence, soit par sa mauvaise rédaction). Si la clause porte sur un élément essentiel, substantiel, on a plutôt tendance à considérer que le contrat doit être annulé dans son ensemble. En revanche, si elle porte sur un élément accessoire, on est davantage amené à se contenter d'une nullité partielle. Mais puisque le formalisme informatif vise à attirer l'attention de

⁶¹² Ph. SIMLER, *La nullité partielle dans les actes juridiques*, LGDJ, 1969, n° 28, p. 29.

la partie faible, il faut en déduire que le législateur considère que les éléments qui sont visés par la mention sont importants et de nature à déterminer le consentement. C'est pourquoi, en la matière, c'est la nullité totale qui semble devoir être favorisée⁶¹³. La nullité d'une clause résolutoire mal rédigée annule le contrat tout entier. Parfois, la position est facilitée par la précision expresse de la loi qui a opté pour la nullité. Mais, dans d'autres cas, le législateur n'a pas pris parti. Les juges se trouvent donc dans une situation plus délicate, puisqu'il leur appartient, de façon souveraine, de dire si la norme violée peut encourir la nullité⁶¹⁴. Les parties gagneraient donc à bien rédiger la clause résolutoire sous peine de voir cette clause annulée.

B- Le juge et l'application de la nullité de la clause résolutoire mal rédigée

311. Le législateur français a entendu sanctionner de manière conséquente tout manquement à la rédaction du contrat de façon générale. Pour autant, cette sanction n'a d'efficacité que si le juge décide de l'appliquer, de respecter la ligne dictée par le législateur. À défaut, la sanction restera virtuelle ; elle sera privée de toute effectivité. Il faut donc être particulièrement attentif à la démarche suivie par le juge quant à l'application de la sanction de la mauvaise rédaction d'une clause résolutoire. Une clause résolutoire nulle appelle le juge à veiller à l'application de cette nullité. En effet, si la clause résolutoire est un acte individualiste, parce qu'elle est la chose des parties, et le produit de leur volonté, la loi a néanmoins limité la liberté des parties en subordonnant la rédaction de la clause résolutoire au respect de certaines conditions. Les parties qui ne se soumettent pas aux exigences rédactionnelles courent le risque de perdre le contrôle du devenir de cette clause qui pourrait être annulée.

312. Parce qu'elle déborde la sphère des intérêts privés, et met en jeu le devenir de la convention, la mise en œuvre de la nullité d'une clause résolutoire a beaucoup gagné de l'intervention du juge. « *Le recours aux tribunaux permettra en effet de clore*

⁶¹³ S. NOEL, *Les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur)*, *op.cit.*, p. 34.

⁶¹⁴ J. MESTRE, « D'importantes précisions sur la nullité du contrat », *RTD.civ.* 1999, p. 383.

*définitivement le débat relatif à la régularité de l'acte »⁶¹⁵. Aussi bien en droit camerounais qu'en droit français, la nullité revêt en principe un caractère judiciaire, car la nullité demeure virtuelle tant qu'elle n'est pas demandée auprès du juge. Lorsque la clause résolutoire est simplement annulable, celle-ci est certes viciée mais viable. Par contre, si les parties aspirent à sa disparition, il convient d'agir en justice, car il faut un acte d'autorité anéantissant la clause résolutoire. La nullité n'existant pas de plein droit, elle doit, en règle générale, être prononcée par un jugement. Dans le même sens, DEMOLOMBE déclare que pour justifier l'intervention du juge dans la nullité d'un contrat « *ce serait une contradiction de reconnaître que la convention est nulle de plein droit, c'est-à-dire qu'elle est légalement inexistante, et qu'il est néanmoins nécessaire de former contre elle une action en justice pour l'anéantir »⁶¹⁶. La nécessité de l'intervention dans l'annulation d'une clause résolutoire se justifie par le fait que les systèmes de nullité de plein droit ont démontré leur limite. En effet, la sécurité qui découle de la nullité de plein droit reste à démontrer, car il n'est par exemple pas certains que l'on empêchera le bénéficiaire de la contestation d'abuser de sa situation en mettant en œuvre la nullité. De même, la simplicité de cette technique est loin d'être avouée. En somme, le recours au juge reste un atout sans équivalent. Cette intervention du juge est nécessaire et même inévitable dès lors que survient un désaccord sur la régularité de la rédaction d'une clause résolutoire.**

⁶¹⁵ O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM 1999, n° 27, p. 41.

⁶¹⁶ DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t 6, n° 27, p. 22.

Conclusion chapitre 1

313. De tout ce qui précède, il convient de relever que l'efficacité d'une clause résolutoire est tributaire de sa clarté, de sa précision. C'est aussi sur ces aspects que porte le contrôle qu'effectue le juge dans une clause résolutoire.

314. Il est permis de proposer que le juge puisse jouer un rôle plus actif dans le contrôle de ces formalités. En effet, l'automatisme de l'acquisition de la clause résolutoire entraîne une destruction massive des contrats. Cette réalité devrait ainsi conduire à mettre un accent plus sévère sur la formalité de mise en demeure, précisément sur le contrôle qu'effectue le juge sur cette formalité. Il est même permis d'aller plus loin en proposant que les clauses résolutoires de plein droit soient proscrites. L'éviction du pouvoir d'appréciation normalement dévolu au juge par la clause résolutoire peut être rigoureuse pour le débiteur en ce sens qu'elle écarte la garantie qu'offre l'intervention préalable du juge. Ce sont ces raisons qui ont conduit à instituer un contrôle judiciaire de la mise en demeure, laquelle devrait donc conditionner l'acquisition de toute clause résolutoire dans un contrat. C'est en mettant un accent particulier sur le contrôle de la mise en demeure dans une clause résolutoire qu'on pourra véritablement contourner les effets néfastes de l'insertion de cette clause dans le contrat.

CHAPITRE II- LE CONTRÔLE DE LA MISE EN DEMEURE

315. Le rôle de la mise en demeure⁶¹⁷ en matière contractuelle est essentiel en cas d'inexécution du débiteur. Quelles que soient la nature et la gravité de l'inexécution, le créancier ne peut véritablement réclamer l'exécution de son obligation au débiteur que si ce dernier a pris soin de mettre en demeure le débiteur de s'exécuter. La mise en demeure adressée par le bénéficiaire de la clause à son cocontractant constitue, en principe, le premier acte tendant à l'acquisition de cette clause. L'existence de l'inexécution suppose en effet que le débiteur ait été mis en demeure d'exécuter son obligation⁶¹⁸. Cette mise en demeure qui désigne selon le *Vocabulaire juridique Cornu* une, « *interpellation en forme de sommation, lettre missive ou tout acte équivalent, au terme de laquelle un créancier notifie à son débiteur sa volonté de recouvrer sa créance* »⁶¹⁹, doit être préalable à toute sanction. La mise en demeure peut également être définie encore comme « *la sommation adressée par le créancier au débiteur en défaut de paiement, afin qu'il exécute ses obligations* »⁶²⁰. De ces définitions, l'on peut dégager les principales fonctions de la mise en demeure. Elle permet au créancier de rappeler son débiteur défaillant à l'ordre. Ensuite, la mise en demeure permet de laisser à ce débiteur défaillant une seconde et dernière chance de s'exécuter. Ainsi, il est légitime qu'en présence d'une clause résolutoire dont l'acquisition pourrait conduire à l'anéantissement du contrat que le créancier prévienne le débiteur avant de « *frapper* ».

⁶¹⁷ Sur la notion de mise en demeure, v. notamment, F. DAVID, « De la mise en demeure », *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1939, p. 95 ; D. ALLIX, « Réflexions sur la mise en demeure », *JCP. G.* 1977, I, 2844 ; P. COLLOMB, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, Thèse, 1974 ; X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP.G.*, n° 46, 13 nov. 1996, 3974 ; R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 113 ; B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », *Rép. civ.*, Dalloz, 2009 ; G. CHABOT, « Mise en demeure », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2015 ; C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, P.U.A.M., 2003.

⁶¹⁸ Cass. 2^e civ., 23 novembre . 2000, n° 99-13.844.

⁶¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, PUF 2014, v° mise en demeure.

⁶²⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, Tome II : Les obligations, Larcier, 2013, p. 2163, n° 1501.

La mise en demeure est indispensable à l'acquisition d'une clause résolutoire. Le nouvel article 1225 du Code civil français reconnaît expressément la nécessité de cette mise en demeure en ces mots : « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à la mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire* ». Elle s'impose par principe et doit mentionner qu'à défaut d'exécuter ses obligations, le créancier y mettra fin au contrat.

316. C'est donc précisément sous le manteau du contrôle de l'exigence de la mise en demeure que le juge intervient pour procéder à la vérification du respect du délai et de la précision de cette interpellation. La mise en demeure est donc soumise à un formalisme rigoureux dont le juge se charge de vérifier la conformité en présence d'une clause résolutoire. Ce formalisme qui entoure la mise en demeure révèle davantage la propension de la jurisprudence à avoir un regard sur la clause résolutoire. En effet, le débiteur n'étant pas, en règle générale, tenu d'accomplir sa prestation tant qu'il n'est pas mis en demeure de le faire, il n'est défaillant que s'il ne satisfait pas à la demande que lui adresse le créancier. Pour l'essentiel, la question du contrôle de la mise en demeure par le juge dans une clause résolutoire se décline sur deux points à savoir celui de la vérification des mentions obligatoires que doivent comporter une clause résolutoire (Section I), mention dont le non-respect entraînerait la sanction (Section II).

SECTION I- Le contrôle des formalités de la mise en demeure par le juge

317. La mise en demeure constitue un incontestable frein à l'automatisme de la mise en œuvre des obligations. Elle désigne, en effet, « *l'acte par lequel le créancier a manifesté sa volonté d'exiger l'exécution des prestations qui sont dues et, à défaut, de tirer les conséquences légales de l'inexécution des obligations* ». Elle constitue, selon le Doyen CARBONNIER, une réclamation destinée à mettre le débiteur « *en son tort en lui ôtant tout prétexte tiré d'une négligence ou tolérance de son créancier* ». Considérant

le fait que la clause résolutoire est une convention qui présente de danger pour le débiteur, la mise en demeure a été érigée en condition de sa mise en œuvre. Ainsi, le créancier est tenu de mettre en demeure le débiteur en lui indiquant de manière précise les infractions auxquelles il doit remédier⁶²¹.

La préoccupation qui se pose ici consiste à déterminer quelles sont les formalités précises qu'on doit retrouver dans une mise en demeure ? En réalité, pour jouer efficacement en présence d'une clause résolutoire la mise en demeure doit offrir une sorte de « *seconde chance* » au débiteur. Le contrôle du délai (Paragraphe I) dans la mise en demeure adressée en présence d'une clause résolutoire, est l'un des domaines où la présence du juge est assez palpable. Ce même juge vérifie également la précision de la mise en demeure (Paragraphe II).

PI- Le contrôle de la réalité de la mise en demeure préalable du débiteur

318. L'efficacité de la mise en demeure dépend fondamentalement du respect de ses formalités. Mais avant tout développement, il convient de noter que, dans la formulation d'une mise en demeure, le principe est celui de la liberté de contenu. Le créancier peut donc rédiger le texte de la mise en demeure de manière totalement libre. Les seules exigences qui sont indispensables consistent au fait que la mise en demeure soit précise et donne un délai supplémentaire au débiteur pour s'exécuter. Il arrive fréquemment, que la forme de la mise en demeure est imposée, soit par la clause, soit par le législateur. La validité de la mise en demeure suppose alors l'emploi de l'acte requis⁶²². Ceci dit, l'on s'attardera donc dans cette partie à analyser le contrôle que le juge effectue sur la durée du délai (A) avant de tabler sur le fait que la mise en demeure n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger, toute chose qui constitue une

⁶²¹ F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Défrénois*. 30 janvier 1993, n°2, p. 65 et svt.

⁶²² Cass. 3^e civ., 27 nov. 1990, n° 88-12.719, *Bull. civ.* III, n° 253, *RTD civ.* 1991, p. 162, obs. R. PERROT.

exception au pouvoir du contrôle du juge de la mise en demeure dans la clause résolutoire (B).

A- La reconnaissance du pouvoir de vérification du délai de la mise en demeure

319. La question qui se dégage nettement de cette partie est celle de savoir quelle est la durée que doit laisser une mise en demeure au débiteur pour s'exécuter ? Cette durée est-elle unanimement admise ? Pour répondre à cette question il convient de faire une étude comparative du temps accordé au débiteur dans une mise en demeure aussi bien dans le droit français (1) que sur plan régional en Afrique (2).

1- La nécessité de l'octroi d'un délai par la mise en demeure en France

320. « *La mise en demeure constitue généralement le premier acte qui conduit à la sanction de la clause résolutoire et le principal procédé par lequel le créancier obtient, par la constatation de la défaillance du débiteur, l'acquisition du droit de résolution* »⁶²³. La mise en demeure doit offrir une autre chance à celui qui en est bénéficiaire de s'exécuter. La mise en demeure est ainsi indispensable à l'acquisition de la clause résolutoire car à titre d'illustration, « *à l'égard des baux HLM, la règle est désormais que la mise en demeure est nécessaire tant pour faire constater la résiliation opérée par l'effet d'une clause résolutoire en cas de violation de l'article 7 a) de la loi du 6 juillet 1989, que pour faire prononcer la résiliation en cas de violation de l'article 7 b* »⁶²⁴ Cette seconde chance donnée au débiteur s'identifie clairement au travers du délai laissé à ce dernier pour s'exécuter. La mise en œuvre de la clause résolutoire est le généralement conditionnée par la mise en demeure du débiteur défaillant car, « *depuis peu, mais avec constance, la jurisprudence décide qu'une mise en demeure préalable est nécessaire seulement lorsque la résolution est demandée par application d'une*

⁶²³ Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, LGDJ 1996, n°153, p.165.

⁶²⁴ Ph. BRIAND, « Conditions d'une action en résiliation d'un bail d'habitation : de la nécessité d'une mise en demeure préalable et de la clause d'habitation personnelle », *AJDI* 2001, p.343.

clause résolutoire »⁶²⁵. La mise en demeure ne saurait jouer de façon automatique dès sa notification au débiteur. Elle doit laisser un temps, un délai au débiteur pour exécuter ses obligations.

321. En France, l'on prend pour repère l'article L. 145-41 du Code de commerce qui fixe les conditions d'application de la clause résolutoire et de sa suspension. Selon cet article, « *toute clause insérée dans le bail prévoyant la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux. Le commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai...* ». Cet article détermine et sert de base au délai d'un mois généralement laissé par la mise en demeure en présence d'une clause résolutoire. Ce délai d'un mois exigé par l'article L.145-41 du Code de commerce a un caractère d'ordre public. Dans une espèce⁶²⁶ où le propriétaire a donné à bail des locaux à usage commercial et délivré à la société locataire un commandement visant la clause résolutoire du bail, puis l'a assignée en acquisition de la clause. Le bail prévoyait qu'à défaut de paiement d'un seul terme de loyer à son échéance exacte ou d'exécution d'une seule des conditions du bail et quinze jours après un simple commandement de payer ou une sommation d'exécuter contenant la mention de la clause resté sans effet, le bail serait résilié de plein droit. La Cour d'appel, qui a retenu à bon droit que la mention dans la clause résolutoire insérée au bail d'un délai de quinze jours tenait en échec les dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du Code de commerce qui exigeait que la résolution prenne effet après un délai d'un mois et non 15 jours. Cet article précise d'ailleurs que toute clause ayant pour effet de faire échec à cet article est nulle. Ladite clause résolutoire a finalement été qualifiée de nulle parce qu'elle ne respectait pas ce délai d'un mois.

De même, le délai d'un mois exigé pour la mise en demeure dans une clause résolutoire tire sa source de l'article 25 du décret du 31 décembre 1989. Conformément à cet article 25, la clause résolutoire ne sera acquise qu'à la condition que l'infraction

⁶²⁵ J. GHESTIN, avec le concours de BILLIAU M., *Les effets du contrat*, 1re éd., n° 444, p. 448.

⁶²⁶ Cass.civ. 3e , 8 décembre 2010, *JCP.G* 28 février 2011, n° 9.

reprochée, expressément visée dans le commandement ou la sommation avec injonction d'y mettre fin, se soit prolongée pendant plus d'un mois. La mise en œuvre de la clause résolutoire est donc désormais subordonnée dans tous les cas et quelle que soit la cause invoquée à la signification d'un commandement ou d'une sommation impartissant un délai d'un mois pour réparer l'infraction. Le débiteur doit également être informé du délai imparti ; à défaut, la mise en demeure ne fait pas courir ce délai⁶²⁷. C'est après l'expiration de ce délai accordé par le créancier à travers la mise en demeure que la clause résolutoire peut-être acquise. Il faut noter que ce délai d'un mois est une exigence de la loi et le formalisme le plus important se manifeste en matière de baux d'habitation. Le commandement visant à mettre en œuvre la clause résolutoire doit comporter, sous peine de nullité, les mentions prescrites par la loi à savoir le délai d'un mois laissée au débiteur pour s'exécuter. En matière de bail commercial, l'article L. 145-41 sus cité du Code de commerce précise seulement que, sous peine de nullité, le commandement adressé au locataire doit mentionner le délai d'un mois accordé au débiteur pour exécuter ses obligations. Désormais, toute mise en œuvre de la clause résolutoire doit être précédée d'un commandement laissant au locataire un délai d'un mois pour s'exécuter. Si le locataire satisfait au commandement, le bailleur ne pourra pas bénéficier de la résiliation de plein droit⁶²⁸.

322. Après la réforme du droit des contrats intervenue en France, le législateur a opté pour le vocable de « *délai raisonnable* » pour désigner le temps qu'une mise en demeure doit accorder au débiteur pour s'exécuter. En effet le nouvel article 1231 dispose que : « *à moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable* ». Cette référence expresse au délai raisonnable permet de déduire que le législateur laisse une marge de manœuvre d'appréciation au juge chargé du contrôle de la mise en demeure en présence d'une clause résolutoire. Cette imprécision du délai

⁶²⁷ Cass. 3^e civ., 31 oct. 1989, n° 88-12.590, *Bull. civ.* III, n° 200.

⁶²⁸ Civ. 3^e, 8 déc. 2004, n° 03-16.881, *Revue. loyers* 2005, p. 152.

que doit octroyer une mise en demeure en cas d'inexécution du débiteur favorise d'avantage l'incursion du juge dans la mise en œuvre de ce mécanisme. Ce dernier apprécie ainsi légitimement le caractère raisonnable du délai accordé au débiteur par la mise en demeure. Ainsi, travers l'exigence de mise en demeure par les législateurs tendent d'une part à donner une chance au débiteur par ricochet une chance de survie au contrat et d'autre part à endiguer les abus dont la clause résolutoire est souvent l'occasion.

2- La durée du délai exigé pour la mise en demeure en droit OHADA

323. La mise en demeure étant une alerte, une « *sommation solennelle d'accomplir un acte ou d'exécuter une prestation* »⁶²⁹, elle rappelle au preneur qu'il doit respecter ses obligations, sous peine d'encourir des sanctions. Le délai accordé par une mise en demeure au débiteur de s'exécuter joue un rôle assez important pour assurer au débiteur l'exécution des obligations que la mise en demeure lui reproche. Ce délai laissé par la mise en demeure est une seconde chance d'exécution offerte au débiteur, moyen de sauvegarder le contrat, frein à la destruction massive des conventions. Ce délai permet de s'assurer que le débiteur a eu un temps supplémentaire nécessaire pour exécuter ses obligations. De même, le délai accordé au débiteur dans la mise en demeure crée une sorte de double pression mise sur la personne du débiteur, ce dernier étant dans l'impossibilité de justifier une fois de plus son inexécution.

324. En droit camerounais, la mise en demeure est aussi une condition préalable à l'acquisition d'une clause résolutoire⁶³⁰. En effet l'article 1146 du Code civil camerounais dispose que « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer* ». Le législateur camerounais, pour désigner le délai

⁶²⁹ F. TERRE, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations* : Précis Dalloz, 2009, n° 1079.

⁶³⁰ CS du Cameroun, arrêt n°31 du 7 mars 1972. *Bulletin des arrêts de la CS du Cameroun Oriental*, n°26, p.3598.

que doit laisser une mise en demeure au débiteur pour s'exécuter, utilise l'expression « *un certain temps* ». Il faut d'emblée noter que cette expression crée davantage de confusion relativement à l'évaluation concrète du délai que la mise en demeure doit accorder au débiteur. Cette réalité crée pareillement une sorte d'insécurité juridique, le législateur accorde une trop large marge d'appréciation de ce délai.

La jurisprudence quant à elle fait également preuve d'imprécision en se conformant au délai raisonnable d'un mois que doit laisser une mise en demeure au débiteur pour s'exécuter. Dans ce sens, une décision de la Cour suprême du Cameroun est disposée « ... *le bail à construction sera résilié de plein droit si bon semble au bailleur....un mois après simple commandement de payer ou de mise en demeure* »⁶³¹. Cette imprécision du juge camerounais crée d'avantage une marge de sécurité pour le débiteur défaillant en présence d'un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire.

325. En droit OHADA, l'article 133 de l'acte uniforme portant droit commercial général dispose que « *le preneur et le bailleur sont tenus chacun en ce qui le concerne au respect de chacune des clauses et conditions du bail sous peine de résiliation. La demande en justice aux fins de résiliation du bail doit être précédée d'une mise en demeure d'avoir à respecter la ou les clauses ou conditions violées. La mise en demeure est faite par acte d'huissier ou notifiée par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire. À peine de nullité, la mise en demeure doit indiquer la ou les clauses et conditions du bail non respectées et informer le destinataire qu'à défaut de s'exécuter dans un délai d'un mois à compter de sa réception, la juridiction compétente statuant à bref délai est saisie aux fins de résiliation du bail et d'expulsion, le cas échéant, du preneur et de tout occupant de son chef* ». Le législateur OHADA opte également pour un délai d'un mois pour désigner la durée que doit accorder la mise en demeure au débiteur pour s'exécuter, toute chose qui pourrait laisser croire que cette

⁶³¹ CS du Cameroun, arrêt n° 116/Civ du 12 décembre 2013, affaire NOMO Bonfils C/ AMBASSA ETOUNDI Maurice, 3^e rôle.

durée d'un mois constitue une référence. Au final, il faut noter que la mise en demeure réitérée fait courir le délai d'un mois préalable exigé pour la saisine du tribunal.⁶³².

326. *Quid* du défaut de paiement ayant excédé le délai imparti ? Dans une espèce⁶³³, il était reproché à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 133 de l'AUDCG, en ce que la Cour d'appel a poursuivi la résiliation du bail alors que le délai d'un mois imposé par le texte, avant l'expiration duquel la résiliation ne pouvait être poursuivie, et n'avait guère été observé par le prétendu bailleur qui, au contraire, a procédé à la signification, le même jour, à la même heure, du commandement de payer et de l'assignation en résiliation. La CCJA a décidé que « *l'article 133 de l'AUDCG n'a subi aucune violation, dans la mesure où le défaut de paiement des loyers par le locataire a excédé le délai de 30 jours que lui impartissait la mise en demeure ; l'assignation en résiliation du bail ne contrarie en rien ce délai de 30 jours, surtout qu'aucune décision de justice n'est intervenue avant et pendant ledit délai ; il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé et doit être rejeté* ». La non-exécution de ses obligations par le débiteur après l'écoulement du délai préalable d'exécution que laisse une mise en demeure fait présumer la défaillance de ce débiteur et l'expose à des sanctions. Dans ce sens, en présence d'un bail commercial, et conformément à l'article 133 de l'AUDCG suscitée, la clause résolutoire produit effet qu'un mois après une mise en demeure restée infructueuse, c'est à l'issue de ce délai que le bailleur saisit le juge pour obtenir la résiliation du bail⁶³⁴. Ceci dit, il existe des hypothèses où de façon conventionnelle les parties peuvent déroger à la formalité de mise en demeure, toute chose qui constitue une exception au pouvoir de contrôle du juge.

⁶³² TRHC Dakar, 2-12-2003 : O. K. – Sté A.T.E.C c/ A. D, M. A. G., A. B. Ly, Ohadata J-03-204.

⁶³³ CCJA, N° 062/2008, 30-12-2008 : M. Neil RUBIN c/ ATLAS ASSURANCES S.A, *Recueil de Jurisprudence* n° 12, Juillet-Décembre 2008, p. 99, Ohadata J-10-36, Ohadata J-09-271, *Juris Ohada* n° 1/2009, janvier-mars, p. 45.

⁶³⁴ J.-C. NGNINTEDEM, « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficultés », *Revue de droit uniforme, UNIDROIT*, NS, VOL XIV/2009, p.181.

B- Les exceptions au pouvoir de vérification du juge

327. La clause résolutoire, mode extrajudiciaire de résolution des contrats ne peut en principe être acquise après la mise en demeure du créancier au débiteur d'exécuter ses obligations. Cependant, la mise en demeure n'étant pas une règle d'ordre public, les parties peuvent y déroger en prévoyant de façon expresse que la clause résolutoire sera acquise de plein droit sans cette formalité. Mais la renonciation à un droit tel que la mise en demeure ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer. Cette précision étant faite, la dispense de mise en demeure peut être le fait de la volonté des parties du juge ou d'un cas fortuit. Un accent particulier sera mis sur les hypothèses où dans une clause résolutoire ou la formalité de la mise en demeure est contournée du fait de la volonté des parties (1) ou du fait d'un cas de force majeure (2).

1- La dispense de la mise en demeure du fait de la volonté des parties

328. Essentielle en principe, la mise en demeure n'est pas systématiquement obligatoire dans une clause résolutoire. Les parties peuvent disposer que la clause résolutoire sera acquise de façon automatique sans mise en demeure préalable. La validité de principe des clauses résolutoires de plein droit et sans mise en demeure est consacrée expressément par la Cour de cassation⁶³⁵. La principale condition exigée pour la dispense de mise en demeure est qu'elle soit expressément prévue par la clause résolutoire⁶³⁶. La dispense de mise en demeure en présence d'une clause résolutoire n'est ainsi pas interdite. Ce qu'il convient de souligner c'est que cette dispense de mise en demeure prive en effet le juge d'une partie de ses pouvoirs de contrôle sur la clause résolutoire, le juge ne faisant que vérifier si les conditions de la dispense sont réunies. Car en effet, c'est également pour contrôler la conformité et la régularité d'une mise en demeure que le juge intervient dans la clause résolutoire. Les parties peuvent échapper

⁶³⁵ Cass. req., 5 août 1908, S, 1911, 1, p. 574 ; Cass. req., 26 octobre 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 838.

⁶³⁶ Cass. 1^{ère} civ. 3 fév. 2004 n°01-02.020 ; Cass. 3^{ème} civ. 18 mai 2010 n°09-12.321

à l'exigence de mise en demeure dans une clause résolutoire en stipulant expressément une clause selon laquelle le débiteur sera en demeure de plein droit. Cela signifie qu'il sera en demeure par la seule échéance du terme⁶³⁷. La Cour d'appel de Paris va dans ce sens en décidant que le bailleur pouvait parfaitement agir en résiliation judiciaire du contrat de bail sans avoir préalablement mis en demeure son locataire d'exécuter ses obligations⁶³⁸, la nécessité d'une mise en demeure étant selon la cour « *applicable seulement en cas de résiliation de plein droit et non en cas de résiliation prononcée, comme en l'espèce* »⁶³⁹

329. En présence d'une clause résolutoire, l'on peut se demander si l'utilisation de la formule selon laquelle la clause résolutoire sera acquise « *de plein droit* »⁶⁴⁰ suffit à dispenser le créancier de la formalité de mise en demeure ? Encore faut-il bien saisir ce qu'il convient de comprendre par cette expression. En effet cette expression peut simplement souligner la différence entre la clause résolutoire et la résolution judiciaire, excluant ainsi le pouvoir d'appréciation du juge quant à la gravité du manquement. La formule « *de plein droit* » peut de même signifier que la résolution interviendra sans manifestation de la volonté du créancier⁶⁴¹. Pour M. Jean-Baptiste SEUBE, cette formule représenterait « *le plus haut degré de l'efficacité juridique puisqu'une situation se trouverait modifiée automatiquement, par la seule réunion des conditions objectivement prévues* »⁶⁴². Elle peut dans une autre mesure signifier « *sans qu'il soit*

⁶³⁷ V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., 2013 p. 1257, n° 1213

⁶³⁸Ph. BRIAND, « Conditions d'une action en résiliation d'un bail d'habitation : de la nécessité d'une mise en demeure préalable et de la clause d'habitation personnelle », *AJDI* 2001 p.343.

⁶³⁹ CA Paris 26 septembre 1994.

⁶⁴⁰ De manière générale, sur l'expression « de plein droit » : M. TIREL., *L'effet de plein droit*, Thèse, 2016, Nantes; C. ATIAS, « De plein droit », *D.* 2013, p. 2183. À propos de l'expression dans les clauses résolutoires : H. BARBIER, « La force de la mention "de plein droit" des clauses résolutoires », *RTD civ.* 2015, p. 875.

⁶⁴¹ Cass. 3^e civ., 27 avril. 2017, no 16-13625.

⁶⁴² J-B SEUBE, « L'effet de plein droit de la clause résolutoire du bail », *Revue des contrats*, 15 Aout 2017, n° 03 page 455.

nécessaire d'adresser une mise en demeure »⁶⁴³. Cependant une autre partie de la doctrine s'est interrogée à maintes reprises sur la question de savoir si la clause résolutoire de plein droit ne devait pas s'entendre de la dispense de mise en demeure⁶⁴⁴. Mme Morgane TIREL a une position nette relativement à cette question lorsqu'elle écrit que « *la formule « de plein droit» ne renvoie pas à la dispense de mise en demeure lorsqu'elle est attachée à la clause résolutoire* »⁶⁴⁵. L'usage de ce vocable dans une clause résolutoire n'as pas pour principale finalité de dispenser le créancier de mettre en demeure le débiteur défaillant. Il est donc acquis que l'expression « *de plein droit* » n'emporte pas, par elle-même, dispense de mise en demeure⁶⁴⁶, bien au contraire, elle a pour effet de simplement conférer une puissance toute particulière à la stipulation qui la contient⁶⁴⁷ et contrairement à ce que l'expression même pourrait suggérer, la clause résolutoire expressément stipulée comme opérant « *de plein droit* », ne produit jamais ses effets de manière mécanique⁶⁴⁸. Selon un autre auteur, pour préciser la dispense de la mise en demeure, la clause résolutoire peut être formulée de la façon suivante : « *la résolution se produira de plein droit du seul fait de l'inexécution de l'obligation: la rupture intervient alors dès l'échéance du terme, sans que le créancier ait à mettre le débiteur en demeure de s'exécuter, sans que le débiteur puisse y faire obstacle en offrant*

⁶⁴³ Cass. com., 10 février. 2015, n° 13-25783, *RTD civ.* 2015, p. 875, obs. H. BARBIER.

⁶⁴⁴ V. par ex., H. MAZEAUD, Cours de droit civil, polycopié, 2e année, 1955-1956, p. 1071 : « à la vérité, il s'agit, ici encore, de rechercher quelle a été la volonté des contractants : ont-ils ou non, par les mots "de plein droit" entendu écarter la nécessité d'une mise en demeure ? ».

⁶⁴⁵ M. TIREL, *L'effet de plein droit*, Thèse Université de Nantes, 2016, p. 74.

⁶⁴⁶ Cass., Civ. 3e, 28 nov. 1968, *Bull. civ.* III, n° 498 ; Cass., Com., 17 mars 1992, n° 90-14742, *Bull. civ.* IV, n° 122 ; Cass., Civ. 1re, 3 fév. 2004, n° 01-02020, *Bull. civ.* I, n° 27, C.C.C.2004, n° 55, obs. L.LEVENEUR. Sur cette question, v. notamment, F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit., p. 717, n° 664 : « encore la mention "résolution de plein droit" ne dispense-t-elle pas le créancier d'adresser au débiteur défaillant une mise en demeure lui rappelant l'existence de la clause et lui précisant les manquements reprochés et les délais dont il dispose pour se mettre en règle » ; J. BORRICAND, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD.Civ.* 1957, p. 445.

⁶⁴⁷ M. TIREL, *op.cit.* p. 75

⁶⁴⁸ H. BARBIER, « La force de la mention "de plein droit" des clauses résolutoires », *RTD civ.* 2015, p. 875.

l'exécution »⁶⁴⁹. En somme, comme le souligne si bien Mme Morgane TIREL, Il est donc nécessaire d'interpréter ce dernier, ainsi que la manière dont est rédigée la clause qui emploie la formule « *de plein droit* », afin de déterminer le but visé par les parties. Sa présence au sein d'une clause contractuelle est *a priori* l'indice que les contractants décident de se dispenser d'une ou plusieurs formes d'intervention de l'homme dans le processus de réalisation du droit⁶⁵⁰.

330. En conclusion, la résiliation d'une convention en vertu d'une clause résolutoire expresse peut intervenir sans mise en demeure préalable, dès lors que cette dispense est expressément prévue par le contrat. Toutefois, si les parties ne manifestent pas leur volonté de se dispenser d'une mise en demeure, les juges du fond recouvrent un pouvoir d'appréciation quant au contenu même de l'acte d'interpellation du débiteur. Le juge se chargeant ainsi de vérifier la précision de la mise en demeure. En effet, la sommation ne doit comporter aucune ambiguïté elle doit être d'une précision et d'une clarté telle que le débiteur ne puisse se méprendre sur ce qui lui est exactement demandé.

2- La dispense de la mise en demeure du fait de la force majeure

331. La question qui se pose d'entrée de jeu est celle de savoir si l'obligation de mise en demeure pèse sur le créancier en cas de force majeure. La force majeure s'entend comme un « *événement imprévisible et irrésistible qui provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur du dommage, le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité* »⁶⁵¹. Elle est en effet un événement exceptionnel auquel on ne peut faire face. Le nouvel article 1218 du Code civil français définit la force majeure en matière contractuelle en ces mots : « *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait*

⁶⁴⁹ M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ., 2002, p. 218.

⁶⁵⁰ M. TIREL, *ibid.*

⁶⁵¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, PUF 2014, v° force majeure.

être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Il est de principe que la mise en demeure n'est pas exigée lorsque la résiliation, l'acquisition de la clause résolutoire fait suite à un cas fortuit, le caractère irrémédiable de celles-ci justifiant alors l'automatisme⁶⁵². La résolution du contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire peut ainsi opérer de plein droit toutes les fois où l'inexécution est fortuite, lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter du fait de la force majeure⁶⁵³. Ainsi, constitue un cas de force majeure tout événement irrésistible, imprévisible et extérieur au débiteur, le problème informatique auquel s'est trouvée confrontée la banque du débiteur et qui a empêché le règlement à échéance d'une mensualité de loyer par virement automatique⁶⁵⁴

À titre illustratif, on se rappelle de l'espèce où des locaux commerciaux ayant été partiellement détruits par un incendie, les bailleurs ont demandé que soit constatée la résiliation de plein droit du bail par application de la clause du bail qui stipulait, par dérogation aux dispositions de l'article 1722 du Code civil, que si les locaux viennent à être détruits en partie par cas fortuit indépendant de la volonté du bailleur, la location serait résiliée de plein droit et sans aucune indemnité, le preneur renonçant expressément à se maintenir dans les lieux loués moyennant une diminution du loyer. Les dispositions de l'article L. 145-41 du Code de commerce français concernent exclusivement la résiliation du bail pour manquement à une obligation contractuelle et qu'aucune violation des dispositions du bail n'étant reprochée à la société locataire, il n'y avait pas

⁶⁵² Sur cette idée, v. notamment, G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, PUF., 1924, p. 30

⁶⁵³ Sur la force majeure, v. notamment, R. FIATTE, *Les effets de la force majeure dans les contrats*, Thèse, 1920, p. 19 P.-H. ANTONMATTÉI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992 ; C. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011 ; J. MOULY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *R.T.D.Civ.*2004, p. 471.

⁶⁵⁴ Th. GENICON, « Clause résolutoire et force majeure : la réapparition du critère de l'extériorité ? », *Revue des contrats*, 1^{er} juillet 2010, n°3 p. 818.

lieu à délivrance d'un commandement préalablement à la mise en œuvre de cette clause⁶⁵⁵. En réalité par cet arrêt, la Cour de cassation⁶⁵⁶ a précisé pour la première fois à notre sens les conditions de mise en œuvre d'une clause prévoyant la résolution du contrat en cas de réalisation d'un cas fortuit. En matière contractuelle, la force majeure est avant tout un mécanisme d'exonération de responsabilité contractuelle. Lorsque le cas de force majeure rend le contrat définitivement impossible à exécuter, il est rompu. Si l'exigence de mise en demeure se justifie lorsque la rupture du bail est imputable au preneur, elle n'a pas lieu d'être lorsque la poursuite du bail est hypothéquée par une autre cause, extérieure au preneur. Pour la Cour de cassation française, la mise en demeure tend donc à éviter qu'un contractant ne soit exposé à une résolution de plein droit sans avoir eu l'opportunité de pallier son manquement. Mais elle n'avait jamais été saisie de la question lorsqu'une clause prévoit la résolution du contrat suite à la réalisation d'un cas fortuit. Par la décision du 14 octobre 2009, la troisième chambre civile décide clairement que la mise en demeure n'est pas requise dans cette hypothèse. Ainsi, la résolution conventionnelle du fait de l'acquisition d'une clause résolutoire peut, selon l'événement qui la déclenche, ne pas s'accompagner d'aucune mise en demeure lorsqu'elle intervient du fait d'un cas fortuit.

PII- Le contrôle de la précision de la mise en demeure par le juge

332. Le contrôle de la précision de la mise en demeure offre une occasion supplémentaire au juge pour faire une incursion dans la clause résolutoire. La Cour de cassation française estime en effet que, la mise en demeure visant la clause résolutoire doit, pour avoir effet, indiquer de façon précise les manquements auxquels il doit être remédié. Ce principe ne souffre d'aucun tempérament. Force est de relever que le

⁶⁵⁵M. ROUSSILLE, « Conditions de mise en œuvre d'une clause prévoyant la résolution du bail commercial en cas de réalisation d'un cas fortuit », *JCP.G* n° 1, 7 Janvier 2010, 1001.

⁶⁵⁶ Cass. 3e civ., 14 octobre. 2009, n° 08-14.926, P+B, SARL Star Taxis c/ Mme Milliet : JurisData n° 2009-049879.

formalisme qui entoure la mise en demeure et conditionne l'efficacité et l'opposabilité au débiteur défaillant est, sans aucun doute, une invention prétorienne. Ceci dit, avant de tabler sur le contrôle de la précision de la mise en demeure qu'effectue le juge en présence d'une clause résolutoire (B), il convient avant toute chose de présenter les modalités de cette mise en demeure(A).

A- Les modalités de la mise en demeure

333. La clause ne confère pas à son bénéficiaire un droit discrétionnaire de rupture du contrat, mais le protège au moyen de la résolution, contre la défaillance de son partenaire. Aussi, le jeu de la clause est-il subordonné à l'existence d'une inexécution, sa mise en œuvre suppose donc que le débiteur n'ait pas satisfait à la mise en demeure. Ainsi, lorsqu'il est conventionnellement prévu que la mise en œuvre de la clause résolutoire est subordonnée à une interpellation préalable du débiteur, le créancier doit pouvoir satisfaire à cette condition pour pouvoir prétendre à la résolution et ceci quelle que soit la forme que peut prendre cette mise en demeure. Les modalités de la mise en demeure sont en principe libres. Il suffit que l'acte exprime la volonté du créancier de recevoir son dû. De même, « *seule la volonté du créancier peut empêcher l'anéantissement du contrat, alors même que les conditions objectives devant entraîner la réalisation de l'effet extinctif sont réunies* »⁶⁵⁷. Ceci peut paraître curieux mais c'est ce qui ressort d'un récent arrêt de la cour de cassation française⁶⁵⁸. La force de la volonté du créancier est ainsi consacrée en ce sens que même après une mise en demeure adressée par le créancier au débiteur de s'exécuter, ce créancier peut toujours refuser de se prévaloir de la clause résolutoire. Dans l'esprit du créancier que cette mise en demeure est « *envoyée à titre de menaces, dans l'espoir que le débiteur régularise sa situation* »⁶⁵⁹. La mise en demeure peut ainsi être opérée au moyen d'une lettre recommandée, voire d'une simple missive. Les parties peuvent toutefois convenir

⁶⁵⁷ M. TIREL, « Précisions sur la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *D* 2017, p. 1595.

⁶⁵⁸ Civ. 3^e, 27 avr. 2017, n° 16-13.625, à paraître au *Bulletin* ; *D.* 2017. 976 ; *Dalloz actualité*, 2 mai 2017.

⁶⁵⁹ M. TIREL. *op.cit.*

qu'elle nécessitera un acte précis, et le législateur français exige parfois un commandement⁶⁶⁰, la validité de la mise en demeure suppose alors l'emploi de l'acte requis⁶⁶¹.

334. La forme de la mise en demeure se déduit à présent du nouvel article 1344 du Code civil français qui dispose en effet que « *le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation* ». L'ancien article 1139 du Code civil français, qui disposait en effet que « *le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* ». Suite à la récente réforme, pour désigner les autres formes de mise en demeure dont le créancier peut faire usage, le législateur français substitue les termes « *ou un acte portant interpellation suffisante* » à celle de « *ou par autre acte équivalent* ». Ce changement se justifie par le fait que le législateur a voulu y mettre un accent particulier. Quel que soit l'acte utilisé par le créancier pour mettre en demeure le débiteur, cet acte doit interpeller suffisamment ce débiteur. Ceci dit, les autres actes qu'use le créancier en dehors de l'énumération fait par l'article 1344 suscités peuvent consister en : une lettre recommandée, une lettre recommandée avec accusé de réception, un courrier électronique, etc. Ce qui importe c'est que le débiteur se sente suffisamment interpellé par son créancier à la lecture de l'acte contenant la mise en demeure. Il revient donc au juge de déterminer si l'interpellation était ou non suffisante⁶⁶². Il convient enfin de relever que certains actes judiciaires spécifiques valent mise en demeure il s'agit notamment de la citation, du commandement préalable à saisie

⁶⁶⁰ Article 24 de la loi du 06 juillet 1989.

⁶⁶¹ Cass.civ. 3. 27 novembre 1990 *B III*, n° 253, p. 143, *RTD.civ.* 1991, p. 162, obs R. PERROT.

⁶⁶² R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français » in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé* (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 132, n° 20.

et de la sommation⁶⁶³. Il en est de même du dépôt de conclusions au greffe, si celles-ci attirent l'attention du débiteur sur la capitalisation des intérêts⁶⁶⁴.

B- Le contrôle des mentions de la mise en demeure

335. Le formalisme qui entoure la mise en demeure révèle la propension de la jurisprudence à paralyser les effets de la clause résolutoire. Il est en effet accru et ses manifestations sont multiples⁶⁶⁵. Force est de relever que, c'est indubitablement au niveau du contrôle de ma mise en demeure que se manifeste aussi le pouvoir modérateur du juge dans la clause résolutoire. Ce dernier peut en effet, en se fondant sur le contenu de la mise en demeure, neutraliser le jeu de la clause résolutoire de plein droit. Relativement aux mentions que l'on doit retrouver dans la mise en demeure, le plus important c'est que la mise en demeure évoque les manquements précis qui sont reprochés au débiteur. Ceci dit, la mise en demeure doit entre autres indiquer les manquements reprochés au débiteur⁶⁶⁶, indiquer l'attitude à adopter pour y remédier⁶⁶⁷, et la sanction encourue⁶⁶⁸. C'est donc la raison pour laquelle le juge écarte l'effet de la clause résolutoire quand il constate que « *les termes de la sommation ne permettaient pas (au débiteur) de connaître très exactement les infractions caractérisées aux clauses du contrat qui les étaient reprochés* »⁶⁶⁹. Il faut noter que, l'obligation d'information en matière contractuelle a été mise au-devant pour justifier cette décision, car le créancier

⁶⁶³ Cass., 24 octobre 1991, Pas., 1992, I, p. 150 ; Cass., 25 février 1993, Pas., 1993, I, p. 210 ; Cass., 26 décembre 2014, C.14.0168.N, jure.juridat.just.fgov.be (F-20141226-1) [24 novembre 2015] ; Anvers, 21 novembre 1978, 5196, jure.juridat.just.fgov.be (F-19781121-4) [27 mars 2014] ; Mons, 18 février 2009, R.G.C.F., 2009, IV, p. 333. 45Cass., 26 juin 1989, Pas., 1989, I, p. 1174 ; Cass., 7 octobre 2011, C.10.0227.F, jure.juridat.just.f

⁶⁶⁴ Cass., 26 juin 1989, Pas., 1989, I, p. 1174

⁶⁶⁵ R. OUELHAZI, *le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, Thèse Université Robert Schuman de Strasbourg 1987, p. 268.

⁶⁶⁶ Cass. 3e civ., 28 nov. 1968 : *Bull. civ. III*, n° 498 ; - 16 nov. 1971 : *Bull. civ. III*, n° 556 ; - 11 oct. 1977 : *Bull. civ. III*, n° 331.

⁶⁶⁷ Cass. 3e civ., 3 juill. 1979 : *Bull. civ. III*, n° 148.

⁶⁶⁸ Cass. 3e civ., 11 juin 1986 : *Bull. civ. III*, n° 92 ; - 31 oct. 1989 : *Bull. civ. III*, n° 200.

⁶⁶⁹ Cass.3 eme , 1^{er} octobre 1975, *Bull.civ. III*, n° 268, p. 204.

qui entend se prévaloir de la clause résolutoire n'échappe pas à l'obligation d'information⁶⁷⁰. De façon succincte, la finalité de la mise en demeure insérée dans une clause résolutoire est de renseigner les obligations auxquelles il doit être remédié, de spécifier les obligations en souffrance, et c'est sur ce point que porte précisément le contrôle effectué par le juge en présence d'une clause résolutoire. Ainsi, la mise en demeure ne peut valablement déclencher le jeu de la clause résolutoire que si elle mentionne de manière suffisamment explicite les griefs reprochés au débiteur⁶⁷¹, et les moyens d'y remédier⁶⁷², ainsi que les griefs reprochés au débiteur⁶⁷³. Le législateur et le juge subordonnent la validité et l'efficacité de la mise en demeure à la présence de ces mentions destinées à informer le débiteur de l'obligation qu'il doit accomplir et des garanties dont il bénéficie. Cette obligation d'information pèse pareillement sur le bailleur lorsque le locataire doit exécuter des travaux. Il ne suffit pas, par exemple, de lui adresser un commandement de « *faire les réparations locatives qui lui incombent aux termes du bail* »⁶⁷⁴ ; il est impératif pour le bailleur de préciser quelles sont les réparations qui n'ont pas été réalisées et qui doivent être faites.

Sur le plan régional en Afrique, la mise en demeure est pareillement soumise à des formalités dont la violation pourrait attirer le contrôle et l'annulation de l'acte par le juge. En effet l'article 133 de l'acte uniforme OHADA portant droit commercial général dispose relativement aux formalités de la mise en demeure que : « *à peine de nullité, la mise en demeure doit indiquer la ou les clauses et conditions du bail non respectées et informer le destinataire qu'à défaut de s'exécuter dans un délai d'un mois à compter de sa réception ...* ». La mise en demeure doit être donc précise et renseigner le destinataire sur les manquements qui lui ont reprochés. Dans un arrêt du 12 décembre 2013, la Cour suprême du Cameroun fustige le manque de diligence dans la mise en demeure en ces

⁶⁷⁰ Y. PICOD, « la clause résolutoire et la règle morale », *JCP.G* 1990, 3447, n°6.

⁶⁷¹ Cass.Civ. 3^e, 11 octobre 1977, *Bull.civ*, n° 331.

⁶⁷² Cass.civ. 3^e 3 juillet 1979, *Bull.civ* III, n° 148.

⁶⁷³ Cass.civ. 3^e, 23 février 1982, *RTD.civ* 1982, p. 619, obs REMY.

⁶⁷⁴ Civ. 3^e, 28 mars 1995, n° 93-15.645, *Revue. loyers* 1995, p. 397, obs. J.-C. B.

termes « *Au mépris de ce qui précède (violation de l'article 133 suscitée), sieur AMBASSA ETOUNDI Maurice s'est précipité, en date du 23 août 2005, seulement 06 mois et 22 jours après l'acte authentique du bail, à rompre expressément et brutalement ledit contrat de bail commercial par simple lettre par lui adressée NOMO Martin son locataire* »⁶⁷⁵. Les dispositions de l'article 133 de l'acte Uniforme OHADA portant droit commercial général étant d'ordre public conformément à l'article 134 du même acte, la violation de ladite disposition entraîne nullité de l'acte.

De façon précise, le contrôle que le juge opère sur une clause résolutoire porte sur les formes de la mise en demeure. En effet, la mise en demeure doit indiquer les manquements reprochés au débiteur⁶⁷⁶ et la sanction encourue⁶⁷⁷. Concrètement, « *la sommation ne doit comporter aucune ambiguïté et être d'une précision et d'une clarté telle que le débiteur ne puisse se méprendre sur ce qui lui est exactement demandé* »⁶⁷⁸. C'est ainsi que la Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir neutralisé le jeu d'une clause résolutoire de plein droit au motif que « *les termes de la sommation ne permettaient pas au preneur de connaître très exactement les infractions caractérisées aux clauses du bail qui lui étaient reprochées ; qu'il a été ainsi dans l'impossibilité de mettre fin à ces infractions ; que la mise en demeure litigieuse, rédigée en termes aussi vagues, ne saurait produire effet* »⁶⁷⁹. En résumé, la précision de la mise en demeure adressée au débiteur par un contrat dans lequel est insérée une clause résolutoire est une garantie de la non intercession du juge dans ce mécanisme. *A contrario*, toute défaillance dans la précision de la mise en demeure est une invitation involontaire que le créancier

⁶⁷⁵ Cour suprême arrêt n° 116/Civ du 12 décembre 2013, affaire NOMO Bonfils C/ AMBASSA ETOUNDI Maurice, 4^e rôle.

⁶⁷⁶ Cass. 3e civ., 28 nov. 1968 : *Bull. civ. III*, n° 498 ; - 16 nov. 1971 : *Bull. civ. III*, n° 556 ; - 11 oct. 1977 : *Bull. civ. III*, n° 331.)

⁶⁷⁷ Cass. 3e civ., 11 juin 1986 : *Bull. civ. III*, n° 92 ; - 31 oct. 1989 : *Bull. civ. III*, n° 200.

⁶⁷⁸ Paris (16e ch.), 21 décembre 1972, Orel c. Joly. cité in *J.C.P.*, éd. 1989 G, II, 21184.

⁶⁷⁹ Cass. civ. 3e, 1er octobre 1975, *Bull. civ. III*, n° 268, p. 204.

adresse au juge pour contrôler cette mise en demeure et exercer parallèlement son pouvoir modérateur dans la clause résolutoire.

SECTION II : Les effets du contrôle de la mise en demeure

336. Généralement considérée comme préalable d'une sanction, la mise en demeure est une seconde chance d'exécution offerte par le créancier au débiteur afin que ce dernier se conforme aux obligations dont l'inexécution lui est reprochée. Le créancier doit se soumettre à une certaine forme dès lors qu'il se décide de rompre le consensus qui régnait entre le débiteur et lui. Il se doit en effet de respecter une certaine forme lorsque la discorde succède à la concorde⁶⁸⁰. La mise en demeure étant une procédure précontentieuse, la marge de contrôle dont dispose le juge en sa présence d'une mise en demeure revêt une importance capitale. En effet, en matière contractuelle, plus les pouvoirs du juge sont étendus, plus les chances du débiteur sont préservées et moins la nécessité de les prévenir préalablement à la procédure judiciaire se fait ressentir. À l'inverse, plus ces pouvoirs sont limités, plus les chances de débiteur sont réduites et plus il est utile de l'avertir avant que se noue le contentieux⁶⁸¹. En présence d'une clause résolutoire, la vérification de la mise en demeure qu'opère le juge joue un rôle capital pour l'efficacité de ce mécanisme. Ceci étant, en s'inspirant ainsi de l'issue que peut prendre le contrôle qu'opère le juge dans une mise en demeure, l'on peut proposer dans une première analyse de tableer sur les effets du contrôle d'une mise en demeure irrégulière (P I), et dans une seconde analyse de présenter ces effets lorsque la mise en demeure adressée par le créancier est régulière (PII).

PI- Les conséquences du contrôle d'une mise en demeure irrégulière

337. En présence d'une clause résolutoire, le contrôle de sa mise en demeure est d'autant plus strict que cette clause a pour conséquences de détruire le contrat. Les juges sont d'autant plus exigeants quant au contenu de la mise en demeure que la clause

⁶⁸⁰ X. LAGARDE, « Remarque sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP.G* 1996, n° 46, I, 3974, p. 425.

⁶⁸¹ Cass.com., 10 février 1987, pourvoi n° 85-10.566.

résolutoire permet au créancier de résoudre le contrat par sa seule volonté sur le fondement de toute inexécution prévue par les parties⁶⁸². C'est la raison pour laquelle toute irrégularité dans la mise en demeure n'est pas tolérée. Le contrôle d'une mise en demeure irrégulière peut déboucher sur l'inopposabilité ou la nullité de cette mise en demeure (A). Il est de même intéressant de tabler sur les autres mesures que le juge peut prendre en présence d'une mise en demeure irrégulière spécifiquement dans les baux en droit uniforme africain (B).

A- L'inopposabilité et la nullité de l'acte de mise en demeure

338. La mise en demeure est en effet, une institution dont le fonctionnement est assez mystérieux⁶⁸³, en raison de la difficulté que l'on éprouve à « *fixer avec précision les conditions rationnelles de son utilisation* »⁶⁸⁴. D'un autre côté, l'on remarque que l'exigence de la mise en demeure présente un intérêt incontestable, car cette formalité permet de prévenir le débiteur et de l'encourager à s'exécuter. L'incitation à l'exécution est plus forte encore et la prévention meilleure lorsque la mise en demeure indique que le contrat pourra être résolu faute d'exécution dans le délai imparti. La persistance de l'inexécution en dépit d'une mise en demeure aggrave la situation du débiteur. Cette persistance de l'inexécution au-delà du délai laissé par la mise en demeure ouvre droit à la résolution. Mais la première mesure qui sanctionne l'imprécision de la mise en demeure est son inopposabilité au débiteur. C'est ainsi que, « *le preneur, qui se trouvait mal renseigné sur la nature et l'étendue des infractions auxquelles il devait être mis fin, ne pouvait être considéré comme fautif de n'avoir pas satisfait, dans le délai qui lui était*

⁶⁸² C. POPINEAU-DEHAULON, *Les remèdes de la justice privée à l'inexécution du contrat, étude comparative*, LGDJ 2008, pref M. GORE, n° 912, p. 483.

⁶⁸³ M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, étude de la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica 2013, préf D. MAZEAUD, n° 250, p.208.

⁶⁸⁴ L. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français », in *La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles étude de droit comparé*, (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 1, p.113.

imparti, à l'injonction qui lui était faite»⁶⁸⁵. Dans ces conditions, la clause résolutoire ne peut pas lui être opposée. L'inopposabilité de la mise en demeure a pour conséquence non seulement de faire ignorer l'acte par le débiteur mais également les conséquences dudit acte. L'inopposabilité a aussi pour conséquence à l'égard du débiteur de considérer que la mise en demeure n'avait jamais existé puisque viciée dans la procédure de mise en œuvre.

Une autre sanction non moins importante de la défaillance du créancier dans la mise en demeure réside dans la nullité de ce mécanisme. Il faut le rappeler, la nullité représente en effet « *la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond, qui consiste dans l'anéantissement de l'acte* »⁶⁸⁶, le créancier n'ayant pas réclamé l'exécution de l'obligation conformément aux exigences légales, l'inexécution permettant d'entraîner l'acquisition de la clause résolutoire n'est pas réalisée. Il ressort de cette définition que la nullité peut résulter aussi bien des vices de forme ou des vices de fond. Le commandement qui ne précise pas suffisamment au locataire les infractions qu'il doit réparer peut être annulé. La demande de nullité du commandement visant la clause résolutoire peut être invoquée pour la première fois devant la cour⁶⁸⁷. Dans ces sens, la Cour d'appel de Paris a décidé dans une espèce qu'« *un commandement qui ne précise pas les travaux qui doivent être réalisés par le preneur, alors que ceux-ci sont importants, et ne pourront pas être effectués dans le délai d'un mois, faute de précision est déclaré nul* »⁶⁸⁸.

339. La mise en demeure du débiteur en présence d'une clause résolutoire obéit à un formalisme rigoureux. Cette rigueur conduit par ricochet le juge à vérifier toute irrégularité de ce formalisme, irrégularité dont la sanction est automatique. En présence d'une mise en demeure irrégulière dans la clause résolutoire, le juge peut donc décider qu'elle ne sera pas opposable au débiteur. Ceci arrive par exemple lorsque le mise en

⁶⁸⁵ Cass. civ. 3e, 28 novembre 1968, *Bull. civ.* III, n° 498, p. 382.

⁶⁸⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, P.U.F, 8^e éd 2009, v° Nullité.

⁶⁸⁷ CA Paris, 28 sept. 2005, *Administrer*, janv. 2006, 39, obs. B. Boccara et Lipman-Boccara

⁶⁸⁸ CA Paris, 16^e ch. A, 12 sept. 2001, n° 1997-00.788, *AJDI* 2002. 211.

demeure ne renseigne le débiteur ni sur les obligations auxquelles il doit se soumettre, ni sur le délai qui lui est imparti pour le faire. Dans d'autres hypothèses plus poussées, lorsque l'irrégularité de la mise en demeure est notable, le juge peut décider qu'elle est nulle, tout en se passant comme si elle n'avait jamais existé.

B- La gestion par le juge de la mise en demeure irrégulière en droit uniforme africain

340. L'irrégularité de la mise en demeure remet en cause ce procédé qui normalement a pour fonction d'avertir le débiteur sur les sanctions qui pèseraient sur lui en cas d'inexécution à l'issue du délai accordé par la mise en demeure. Il est reconnu que la clause résolutoire ne produit ses effets qu'après l'expiration du délai d'exécution accordé par la mise en demeure au débiteur de s'exécuter. En droit OHADA, « *La mise en demeure constituerait un préalable à la résiliation du contrat de bail sans que le bailleur n'ait à justifier sa décision car, au moyen de sa fonction quasi probatoire, la mise en demeure aurait préconstitué la preuve de l'inexécution de son obligation par le preneur. Ce préalable entraîne d'ailleurs une résiliation rapide du bail* »⁶⁸⁹. En droit OHADA la mise en demeure sert de preuve de l'inexécution du débiteur lorsque cette inexécution se prolonge au-delà du délai accordé par la mise en demeure. Le juge OHADA est très regardant relativement à la régularité des formalités entourant toute mise en demeure, car « *la mise en demeure ne respecte pas les conditions fixées par le nouvel article 113 de l'AUDCG, elle est nulle* »⁶⁹⁰. Toute chose qui justifie la sanction de l'irrégularité dans cette mise en demeure.

La pratique démontre qu'aussi bien dans les baux commerciaux que d'habitation, face à une mise en demeure irrégulière, le juge OHADA peut décider du maintien du locataire dans les lieux loués, du rejet de la demande de résiliation du bail, ou alors

⁶⁸⁹ J-C. NGNINTEDEM, « La bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », *Revue de droit uniforme*, UNIDROIT, NS Vol. XVI/2009, p. 193.

⁶⁹⁰ TGI Ménoua Dschang (Cameroun), jugement n° 28/civ, du 10 mars 2003, affaire amicale des anciens combattants, anciens militaires et victimes de guerre de la Ménoua/ Zebaze Pierre.

demander l'établissement d'une nouvelle mise en demeure. Dans ces conditions, les parties doivent alors être remises au même et semblable état où elles étaient avant par exemple l'ordonnance d'expulsion⁶⁹¹. Le juge peut de même assimiler l'irrégularité à une absence de mise en demeure. De même, lorsque l'expulsion a été poursuivie sans mise en demeure préalable comme l'exigent l'article 133 de l'AUDCG⁶⁹². Dans une espèce ou dans un restaurant, le bailleur qui n'a pas respecté les termes du contrat faisant obligation à la partie voulant se dégager, pour des raisons justifiées, d'en informer l'autre un mois avant la rupture effective, le juge a ordonné la réouverture du restaurant et la réintégration du preneur dans les lieux⁶⁹³. La décision de réouverture du restaurant sanctionnant en effet l'irrégularité de la mise en demeure. En droit OHADA, lorsque la mise en demeure qui ne respecte pas les formalités, le tribunal constate l'absence de mise en demeure et déboute le bailleur de son action en résiliation judiciaire du bail⁶⁹⁴.

341. La mise en demeure irrégulière peut pareillement déboucher sur le rejet de la demande de constatation d'acquisition de la clause résolutoire. Ainsi, le bailleur qui n'a pas adressé une mise en demeure préalable au preneur doit être débouté de son action en résiliation et expulsion du preneur⁶⁹⁵. L'irrégularité de la mise en demeure ne peut logiquement déboucher que sur le rejet de la demande. Une autre question qui se pose à l'issue du contrôle de la mise en demeure dans la clause résolutoire est celle de savoir quelles sont les conséquences quelles sont les suites du contrôle de la mise en demeure effectué par le juge ?

⁶⁹¹ CA Yaoundé, N° 222/CIV, 14-3-2003 : NGOUNOUN NGATCHA Benjamin c/ NOUMESSI Gilbert, F. AHO et al. ; OHADA.

⁶⁹² CA Abidjan, Ch. civ. & com., n°774, 9-7-2004 : Sté SOTRANSYA c/ Sté IBN TRANSPORTS, Ohadata J-05-326.

⁶⁹³ CA Douala, arrêt n° 295, 20-11-2002 : K.K. c/ S.G, Le Juris Ohada, n° 4/2005, juillet-septembre 2005, p. 32, Ohadata J-06-19.

⁶⁹⁴ TPI Yaoundé (Cameroun), Centre Administratif, Ord. N°477/C, 1-9-2008 : Sté AGF Cameroun Assurances contre Techni-Cameroun, Journal Le Jour, Faty and Sister Compagny et autres, Ohadata J-09-225.

⁶⁹⁵ TPI Gagnoa (Côte d'Ivoire), n°255, 28-12-2005 : Dame DACOURY TABLEY Née GBAHI Bernadette c/ KAMBIRE Eugene, Ohadata.

PII- Les conséquences du contrôle d'une mise en demeure régulière

342. L'intervention du juge dans un contrat en présence d'une clause résolutoire se fonde sur plusieurs raisons. En effet, l'une des finalités qu'assure l'intervention du juge dans la clause résolutoire est d'assurer le contrôle de la mise en demeure qui précède toute demande de constat d'acquisition de la clause résolutoire. Le contrôle de la régularité de la mise en demeure qu'opère le juge en présence d'une clause résolutoire peut entraîner plusieurs conséquences. Il faut dire dans un premier temps qu'une fois le contrôle de la mise en demeure effectué par le juge, ce qui peut en ressortir c'est que la mise en demeure adressée par le créancier au débiteur est régulière ce qui entraîne la suspension des effets de la clause résolutoire (A). La sanction de l'irrégularité de la mise en demeure étant déjà étudiée, dans un deuxième temps un intérêt sera accordé à l'hypothèse dans laquelle le débiteur persiste dans l'inexécution malgré la mise en demeure qui lui a été adressée (B).

A- Les effets d'une mise en demeure régulière

343. Une mise en demeure régulièrement formée entraîne premièrement la suspension des effets de la clause résolutoire. En effet, lorsque par exemple le locataire satisfait ses obligations pendant le délai d'un mois qui lui est imparti, le créancier ne peut invoquer le bénéfice de l'acquisition de la clause résolutoire. Dans les baux d'habitation, le locataire peut demander la suspension des effets de la clause résolutoire soit dès la signification à sa personne du commandement soit devant le juge saisi pour cette constatation par le moyen d'une demande reconventionnelle⁶⁹⁶. Cette demande sera recevable tant que la résiliation ne sera pas constatée par une décision ayant acquis autorité de la chose jugée. Généralement, un débiteur demande la suspension des effets de la clause résolutoire soit dès la signification à sa personne de la mise en demeure, soit devant le juge saisi pour constater l'acquisition de la clause résolutoire. L'on saisit de ce fait que, la clause résolutoire peut être suspendue soit du fait d'une mise en demeure

⁶⁹⁶ J-M. CHAVIN, « Les effets de la clause résolutoire dans les baux commerciaux », *Revue juridique de l'Ouest*, 1994-1, p.45.

soit du fait de l'octroi d'un délai de grâce. La suspension du fait de l'octroi d'un délai de grâce étant étudiée précédemment, L'on s'intéressera dans cette partie à la suspension de la clause résolutoire du fait d'une mise en demeure.

344. Le juge peut en effet, en se fondant sur le contenu de la mise en demeure, neutraliser le jeu de la clause résolutoire de plein droit lorsque cette mise en demeure est régulièrement mise en œuvre. La mise en demeure suspend l'acquisition de la clause résolutoire. C'est un moyen de sauvegarder le contrat tout en assurant sa pérennité. Ce délai constitue un frein à la destruction massive des conventions. Il permet de s'assurer que le débiteur a été réellement informé de son manquement à ses obligations contractuelles. Dans le bail, à titre d'exemple, si le locataire remédie aux manquements au cours du délai accordé par la mise en demeure, la clause résolutoire sera définitivement suspendue. En effet, conformément à l'article L. 145-41 du Code de commerce, la clause résolutoire ne jouera pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées. Cependant, si le fait que le locataire s'est acquitté à l'audience du premier juge de l'intégralité des sommes visées par le commandement de payer, ce commandement ne suspend pas les effets de la clause résolutoire, lorsque la date de l'audience est postérieure à la date fixée dans l'ordonnance qui lui accordait les délais⁶⁹⁷.

345. Il ne fait pas de doute que le contrat peut également prévoir une résolution effective qu'après mise en demeure du débiteur d'avoir à exécuter ses obligations demeurées sans effet. En ce cas, seule cette exécution, dans le délai imparti par la mise en demeure, peut suspendre les effets de la clause résolutoire de plein droit⁶⁹⁸. La Cour de cassation, par un arrêt en date du 4 mars 2009, a précisé quelques règles portant sur l'acquisition et la suspension de la clause résolutoire. En l'espèce, un bailleur avait invoqué une dette de loyers et un manquement du locataire à son obligation d'entretien pour refuser le renouvellement du bail pour motif grave et légitime. Le bailleur a tenté

⁶⁹⁷ C. BOISMAIN, « Les limites de la clause résolutoire insérée dans les baux commerciaux », note sous Cass. 3^e civ, 13 septembre 2011, *Petites affiches*, 28 novembre 2011 n° 236, p. 16.

⁶⁹⁸ Cass. com., 17 décembre. 1991, n° 89-19.684, *RJDA* 1992, n° 3, n° 217, p. 168.

de faire admettre une contradiction de la part de la cour d'appel qui, selon lui, ne peut à la fois constater que la clause résolutoire est acquise pour défaut de paiement dans le délai requis, et néanmoins accorder au preneur un nouveau délai d'un mois pour apurer sa dette. La Cour de cassation approuve pourtant les juges du fond qui ont décidés que la clause résolutoire devait voir ses effets suspendus pendant le délai accordé pour apurer la dette et qu'elle serait réputée ne pas avoir joué en cas de paiement dans le délai. Un autre effet non négligeable d'une mise en demeure régulièrement formée c'est qu'elle opère un transfert des risques sur la personne du débiteur. Cela s'explique par le fait que, suite à la mise en demeure, l'obligation se trouve, selon les termes du droit romain, « *perpétuée* » : elle n'est plus susceptible de subir des modifications en raison des circonstances ; elle devient figée, définitive. Le débiteur assume par conséquent tous les risques relatifs à son obligation, non seulement ceux qui résultent de son fait, mais aussi ceux qui résultent de toutes circonstances généralement quelconques comme le cas fortuit ou la force majeure⁶⁹⁹. Le fait que le débiteur ait été mis en demeure est donc pour lui lourd de conséquences, puisque même s'il se trouve dans l'impossibilité de s'exécuter suite à un cas de force majeure, il ne pourra plus se prévaloir de l'effet libératoire de la force majeure. De plus, dans un tel cas, il sera considéré comme étant en faute, ce qui permettra au créancier de mettre en œuvre une sanction telle que la résolution du contrat⁷⁰⁰. « *Le débiteur qui ne s'exécute pas sur injonction du créancier est ipso facto en faute, et la sanction rationnelle, en même temps que très énergique, de cette faute est la prise en charge de tous les évènements résultant des circonstances, l'attribution des risques. La mise demeure est un retard coupable, qui a pour effet de modifier la théorie de l'imputabilité, telle qu'elle résulte du droit commun* »⁷⁰¹. Force est de constater que la régularité de la mise en demeure du créancier débouche sur la

⁶⁹⁹ F. GERMAIN, Y. NINANE, J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in *La force majeure – Etat des lieux*, op. cit., p. 50, n° 51.

⁷⁰⁰ J-F GERMAIN, Y. NINANE, J. VAN ZUYLEN, op. cit., p. 50, n° 52.

⁷⁰¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 112, n° 83.

suspension momentanée des effets de ce dont il ne peut se prévaloir. Pareillement, cette mise ne demeure entraîne un transfert des risques à la charge du débiteur.

B- Les conséquences de la persistance de l'inexécution du débiteur

346. L'inexécution du débiteur au-delà du délai d'exécution laissé par la mise en demeure ne peut qu'aggraver la situation de ce dernier. Il convient de noter que, la mise en demeure produit des effets substantiels dont la portée est particulièrement considérable à l'égard des relations contractuelles qu'elle concerne principalement⁷⁰². La mise en demeure est une pratique dont l'efficacité est naturellement attendue par le créancier, victime de la défaillance de son débiteur. D'une manière générale, la mise en demeure autorise le créancier à réclamer la sanction du défaut d'exécution de l'obligation. En un sens, l'avertissement représente le tout premier acte tendant à l'acquisition de la clause résolutoire. Le créancier d'une obligation inexécutée après mise en demeure peut aller plus en saisissant le juge pour demander la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant. En effet, selon l'article 1146 du code civil, « *les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est mis en demeure de remplir son obligation* ». La mise en demeure conditionne, autrement dit, le jeu de la responsabilité contractuelle. Toutefois, une discussion fort ancienne porte sur le domaine de la règle : concerne-t-elle tous les dommages et intérêts ? Si la mise en demeure paraît essentielle pour les dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution, son rôle est plus incertain quant à l'attribution des dommages et intérêts dus à raison de l'inexécution⁷⁰³. Ayant saisi le juge, la mise en demeure peut de même constituer le point de départ des intérêts moratoires. Il faut que le débiteur ait été rappelé à l'ordre pour qu'un retard d'exécution puisse lui être imputé.

La mise en demeure produit un effet particulier quant aux obligations de livrer une chose, constitutive d'un corps certain. Le défaut d'exécution dûment constaté par le juge fait basculer la charge des risques sur le débiteur. Au demeurant, le rôle de la mise

⁷⁰² G. CHABOT, « Mise en demeure », *répertoire de procédure civile*, avril 2016, n° 65.

⁷⁰³ B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », *répertoire de procédure civile*, Juin 2016, n° 35.

en demeure dans le processus d'acquisition de la clause résolutoire est fondamental. Mais toutefois, après la formalité de mise en demeure effectuée par le créancier, la continuation de l'inexécution du débiteur ne fait qu'aggraver sa situation.

Conclusion chapitre 2

347. Les développements qui précèdent avaient pour finalité de préciser le rôle qu'assure le contrôle du juge de la mise en demeure dans la clause résolutoire. Ils répondent à la question de savoir quel est l'incidence du contrôle qu'effectue la mise en demeure préalable à l'acquisition de la clause résolutoire.

348. La première étape de ces développements a présenté le contrôle des formalités de la mise en demeure que le juge effectue. Il faut noter à ce niveau que le juge contrôle en effet aussi bien le délai d'exécution laissé par la mise en demeure que la précision de celle-ci. Il s'agissait en sus de déterminer quelles sont les formalités qu'on doit retrouver dans une mise en demeure. À ce stade, le juge vérifie la durée du délai de grâce laissée au débiteur pour s'exécuter. Il vérifie en effet si ce délai est raisonnable et conforme au délai d'un mois majoritairement reconnu que le créancier doit laisser par le truchement d'une mise en demeure au débiteur. Le contrôle du juge porte également sur la précision de la mise en demeure. Il ne fait plus de doute que la mise en demeure visant la clause résolutoire doit, pour avoir effet, indiquer de façon précise les manquements auxquels il doit être remédié. De façon succincte, la finalité de la mise en demeure insérée dans une clause résolutoire est de renseigner les obligations auxquelles il doit être remédié, de spécifier les obligations en souffrance, et c'est sur ce point que porte précisément le contrôle effectué par le juge en présence d'une clause résolutoire.

349. La seconde étape de ces développements, quant à elle, a consisté à déterminer les effets que pouvaient entraîner le contrôle de la mise en demeure effectué par le juge dans une clause résolutoire. En effet, selon que la mise en demeure est régulière ou irrégulière, les effets de son contrôle divergent. La régularité de la mise en demeure entraîne son opposabilité au débiteur, tandis que de son irrégularité découle plusieurs conséquences qui vont entre autres de la nullité à l'inopposabilité de cette mise en demeure.

En définitive, le contrôle de la mise en demeure en présence d'une clause résolutoire constitue un frein non négligeable à ce mécanisme qui, par son automaticité, pourrait entraîner la rupture massive des relations contractuelles.

Conclusion Titre 2

350. Comme il a été constaté, l'intervention du juge en présence d'une clause résolutoire peut se matérialiser sur plusieurs plans. Il peut dans un premier temps prendre la forme du contrôle qu'il opère sur la régularité de la mise en demeure adressée au débiteur. La mise en demeure doit respecter toutes les formalités requises pour être efficace en présence d'une clause résolutoire. Dans un deuxième temps, la matérialisation de la présence du juge peut prendre la forme du contrôle qu'il effectue sur la rédaction de cette clause. La Cour de cassation française rappelait d'ailleurs que « *la clause résolutoire qui permet aux parties de soustraire l'appréciation d'une convention aux juges, doit être exprimée de façon non équivoque, faute de quoi les juges retrouvent leur pouvoir d'appréciation* »⁷⁰⁴. La rédaction de la clause résolutoire appelle, par conséquent, à un véritable soin de la part des parties.

351. Il faut dans ce sens encourager les parties à être méticuleuses tant dans la procédure de mise en demeure du débiteur défaillant que dans la rédaction de ladite clause. Une telle mesure permettra certainement d'amenuiser l'intervention du juge dans cette clause. Mais il demeure que cette intervention du juge ne perd en rien son caractère salvateur aussi bien pour le lien contractuel menacé de disparition du fait de l'acquisition la clause résolutoire, que de la personne du débiteur qui est mieux protégé dans ses droits du fait de cette intervention.

⁷⁰⁴ Cass.civ. 1^{re}, 10 octobre 1995, *Bull.civ.* I, n° 547.

Conclusion de la deuxième partie

352. En définitive, il faut noter que, loin d'être un simple « *spectateur* » en présence d'une clause résolutoire, le juge marque son empreinte tout au long de la mise en œuvre de cette clause. Son intervention est à encourager à cause de son rôle protecteur pour le débiteur. C'est en réalité sur le résultat de l'emprise qu'exerce le juge sur cette clause que l'on peut mieux évaluer son importance. Le contrat ne devrait pas être anéanti de façon aussi automatique du fait d'une clause résolutoire. En effet, il échoit au juge de se demander si l'inexécution qui affecte le contrat devrait justifier ou non son anéantissement. « *Le sauvetage d'un acte sur lequel les contractants et les tiers ont pu compter apparaît en effet parfois de meilleure politique juridique que son anéantissement* »⁷⁰⁵.

353. En somme, il est une part de l'office du juge à laquelle les parties à une clause résolutoire doivent nécessairement se soumettre. Dans ce sens, les prévisions des parties relativement à une clause résolutoire insérée dans un contrat trouvent donc des limites. L'emprise qu'effectue ainsi le juge sur la clause résolutoire résulte entre autre du contrôle qu'il effectue aussi bien sur la rédaction de cette clause que sur sa mise en œuvre. L'autre facette de cette emprise résulte du contrôle qu'il exerce sur la régularité de la mise en demeure préalable à l'acquisition de la clause résolutoire. Le constat est quelle que, soit la forme sous laquelle le juge peut intervenir dans une clause résolutoire, cette intervention prend principalement la forme du contrôle de la régularité de la forme ou du fond de cette clause. Ce pouvoir dont dispose le juge implique un pouvoir modérateur. C'est en conclusion dire combien ces instruments de contrôle placés entre les mains du juge constituent un véritable frein à l'automatisme, à la rigueur ainsi qu'à la dangerosité de la clause résolutoire.

⁷⁰⁵ O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM 1999, n. 728.

CONCLUSION GÉNÉRALE

354. Au moyen de la clause résolutoire, mode extrajudiciaire de résolution, les parties peuvent aménager de façon efficace les pouvoirs du juge. Concrètement, les parties peuvent procéder à cet aménagement en amont dès la conception, la formation de cette clause et ceci avant son insertion dans le contrat en raison de la nature de la clause résolutoire qui est un accord de volonté excluant toute intervention du juge. En aval, le pouvoir des parties sur les pouvoirs du juge a également trouvé un terrain d'élection dans la mise en œuvre de cette clause. L'encadrement de l'interprétation judiciaire est l'une de ces techniques. Par ce procédé, les parties peuvent prévoir dans leur contrat ce qu'on nomme les clauses d'interprétation en vue de canaliser le pouvoir interprétatif du juge en cas d'ambiguïté de leur clause résolutoire et de toutes les clauses insérées dans leur contrat de façon générale. De même, le contrôle de la qualification offre l'occasion aux parties d'exercer une emprise sur les pouvoirs du juge. La qualification qui est pourtant marquée par le rôle prépondérant du juge. Cette qualification n'est finalement pas étanche à la volonté des parties, ces dernières pouvant par des stipulations appropriées faire en sorte que le juge s'en tienne à leur qualification⁷⁰⁶. Il faut relever *in fine* relativement à ce point que la liberté laissée aux parties pour aménager les pouvoirs judiciaires de qualification et d'interprétation peut exercer une réelle influence sur les pouvoirs du juge, mais cette liberté se révèle quelques fois restreinte face à l'espace de liberté implicitement accordé au juge, à défaut d'un encadrement législatif strict de ses pouvoirs en la matière.

355. Une autre manifestation de l'emprise des contractants sur les pouvoirs du juge et pas la moindre, réside dans le contrôle que les parties effectuent sur son pouvoir modérateur dans la clause résolutoire. Cette emprise des parties se situe au niveau de la mainmise que ces dernières ont sur la phase de sanction de la clause résolutoire de même que sur le pouvoir du juge d'octroyer un délai de grâce. Il peut paraître curieux d'avoir analysé cette question parce que la sanction et l'octroi d'un délai de grâce est le bastion

⁷⁰⁶ M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, recherche sur un possible imperium des contractants*, Tome II, PUAM 2006, n°620.

de la résistance du juge à toute tierce intervention. L'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire est une mesure qui remet véritablement en cause l'efficacité de la clause résolutoire. Face à cette menace à l'encontre de la clause résolutoire, les législateurs aussi bien camerounais que français précisent et limitent les hypothèses dans lesquelles le juge peut en faire usage.

356. Néanmoins, les juges ne font pas preuve d'une soumission totale à l'emprise exercée par les contractants sur leurs pouvoirs et c'est précisément sur cet aspect que cette thèse se fonde. La présence d'un juge est perceptible à travers plusieurs étapes pour rappeler aux parties dans une clause résolutoire l'ordre lorsque le besoin se fait sentir. C'est en premier lieu sur le terrain de la mise en œuvre de cette clause que l'on évalue mieux les retombées de l'intervention du juge dans la clause résolutoire. Mais avant toute chose, il a paru nécessaire de s'interroger sur les fondements de cette incursion du juge dans la clause résolutoire. Il ressort des analyses que, il peut arriver et ceci de façon récurrente que le sort du contrat se trouve menacé. La présence du juge se justifie non seulement par le désir de sauvegarder le lien contractuel mais également par celui de protéger le débiteur. Ainsi, le souci de garantir la stabilité de la relation contractuelle justifie que le juge s'arroge la mission de protéger le contrat des éventuels abus qui pourraient naître de la mise en œuvre de la clause résolutoire. La finalité de la mainmise du juge en présence d'une clause résolutoire est donc d'assurer la survie du lien contractuel entre les parties, de même que de protéger la partie faible au contrat. Ceci étant, la considération d'un impératif souvent économique et social de pérennité du lien contractuel conduit le juge à s'arroger le rôle de protecteur de ce lien face au risque de destruction massive qui pourrait résulter de l'acquisition d'une clause résolutoire. L'autre mission non moins importante qui justifie la présence du juge dans une clause résolutoire est celui d'assurer le respect de la bonne foi dans cette clause. Le juge assure par ceci une sorte de moralisation dans la clause résolutoire. Enfin un autre aspect qui a été analysé dans ce travail est celui du domaine de la manifestation concrète de l'intervention du juge dans la clause résolutoire. L'on a ciblé et étudié le contrôle de la mise en demeure ainsi que le contrôle de la rédaction de la clause résolutoire comme

des terrains concrets sur lesquels l'intervention du juge se manifeste. Les parties gagneraient donc non seulement à être méticuleuses dans la rédaction de leur clause résolutoire, mais également pendant la mise en œuvre de la mise en demeure préalable à l'acquisition de la clause résolutoire, car en effet c'est sur ces aspects que le juge tire en quelque sorte l'imperium qu'il exerce sur la clause résolutoire.

357. De toute les façons, c'est parce que la clause résolutoire est rigoureuse que des tempéraments existent ; si elle ne l'était pas, la présence du juge dans ce mécanisme ne se justifierait pas. Pour finir, cette étude démontre que les parties à la clause résolutoire se battent par plusieurs mécanismes pour écarter le juge de leur clause, mais ce dernier intervient toujours pour assurer il faut insister dessus un rôle profitable pour le contrat pris de façon générale. L'interaction entre ces acteurs (les parties et le juge) ne fait pas de doute bien qu'il y ait un dominateur. Dès lors, il est proposé que l'intervention du juge soit légalisée dans une clause résolutoire certainement pas à l'image de la clause pénale, mais une réglementation précise des domaines et de l'ampleur de l'intervention du juge ne ferait que consolider la reconnaissance de la valeur qu'a acquis le contrat de nos jours. La clause résolutoire demeurant un mécanisme dangereux pour la survie du contrat.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus:

- De droit : 208, 245.
- De puissance : 209, 236.

Acceptation: 71s, 115, 157, 228, 231 s.

Acte juridique: 3, 42, 95, 122, 220, 338.

Accord de volontés : 2, 39, 66
70, 101, 166, 355.

Aléa : 5, 12, 15, 35s, 57, 84, 132, 136,
147, 155, 196, 197.

Ambigüité : 113, 116, 131s 255, 287.

Anéantissement du contrat : v.
résolution.

Automaticité : 18, 26, 90s, 216, 221,
242, 314, 331, 349.

Autonomie de la volonté : 8, 24, 37, 38,
79, 199, 211, 229.

Bail

- D'habitation : 93, 190, 203, 231,
278.
- Commercial : 10s, 21, 93, 137,
146, 163, 256, 269, 273, 285, 321, 335.

Bonne foi

- Du débiteur : 80, 174 s, 224, 253.
 - Du créancier : 248.
-

C

Cas fortuit : 327, 331, 345.

Chose jugée : 163, 164, 278, 343.

Clause

- abusive : 210, 213, 233, 276, 279.
- de définition : 116, 140 s.
- de dédit : 17
- de pouvoir : 234.
- de nullité conventionnelle : 42 s.
- d'interprétation : 150 s.

- pénale : 17, 34s, 52s, 87, 96, 157, 240, 358.

- Clause réputée non écrite : 276, 279.

Condition résolutoire : 47, 79, 97, 180.

Consentement : 17, 68s, 231, 251, 301, 304, 310.

Consommateur:

210, 212, 233, 236, 240.

D

Déchéance du terme : 209.

Délai de grâce :

- *Condition* : 177 s.

- *Domaine* : 185 s.

- *Effets* : 189 s.

- *Interruption* : 191.

Demeure : v° mise en demeure

Déséquilibre: 98, 183, 208, 216, 233 s, 240, 278.

Dispense : 64, 80, 139, 282, 291, 328 s, 331.

Dommages et intérêts : 166,322, 324, 346.

E

Efficacité : 22, 42, 50, 56, 62, 80, 87, 91, 99, 128, 131, 140, 154, 165, 193, 223.

Élaboration : 67, 69, 71, 104, 229.

Équilibre : 37, 81, 96, 189, 208, 218, 231, 237 s.

Équité : 24, 26, 214, 232.

Exception d'inexécution : 174.

Exigibilité : 46, 48 s, 190, 226, 272, 334 :

F

Faute contractuelle : 53.

Force obligatoire : 37, 49, 50 s, 59, 100, 149, 174, 186, 272.

Force majeure: 175, 224, 258,327, 331 s, 245.

Formalisme : 31, 135, 282, 284, 307, 316, 321, 332, 335, 339.

I

Illicéité : 62, 172 s, 207.

Imputabilité : 62, 175 s, 264,

Inopposabilité : 337, 338, 349.

Interprétation :

- *Clauses* : 152 s, 355.
 - *Encadrement* : 355.
 - *Prévention* : 134.
 - *Contournement* : 149 s.
-

J

Juge

- *Rôle* : 22, 59, 81, 92, 126, 155, 166, 167, 199, 278, 281, 287, 291, 306, 349.
- Juge du fond : 20, 21, 116 ; 130, 160, 163.
- Juge de l'exécution : 21, 165.
- Juge des référés : 21, 53, 160 s, 273.

Justice contractuelle : 24, 25, 98, 216, 240.

Justice privée : 5, 6, 9, 33, 91, 98.

L

Langage : 318 s, 330 s.

Liberté contractuelle : 8, 28, 51, 81, 104, 114, 122, 154, 198, 199 ; 216, 251.

Lésion : 3, 78.

M

Maintien forcé : 218

Mise en demeure :

- Dispense : 328.
 - Durée : 323
 - Effets : 343
 - Mentions obligatoires : 335
 - Précision : 332
-

N

Négociation: 71, 229, 233 s, 249, 250, 262, 298.

Nullité:

- **Conventionnelle** : 43, 44, 45.
- **Judiciaire** : 43.

O

Offre : 71, 73, 180, 184.

Opposabilité : 349.

Ordre public : 13, 45, 51, 78, 120, 123, 127, 142, 144, 148.

P

Pacte comissoire : 4, 80.

Pouvoir modérateur du juge: 37, 52, 60, 65, 157, 219, 245, 260, 282, 284, 335.

Préjudice : 38, 40, 180, 240, 270.

Prévisibilité : 1, 16, 149, 154, 195, 197, 198.

Procédure collective : 72, 93.

Q

Qualification :

- *Orientation* : 114 s.
 - *Contrôle* : 111
-

R

Réfaction : 78

Requalification : 113, 116, 118, 121 s, 129, 131, 291.

Résolution :

- Judiciaire : 8, 84, 138, 148, 160, 167, 280, 289, 290, 329.
- Extrajudiciaire : 5.
- Unilatérale : 5, 6, 49, 81, 136, 158, 166.

Responsabilité contractuelle : 171, 331, 346.

Rétroactif : 3, 7, 43, 49, 236, 304.

S

Sécurité :

- *contractuelle* : 20, 215.
- *juridique* : 12, 120, 144, 154, 197, 214, 215, 240, 324.

Stipulation expresse : 137, 146, 289, 307.

Synallagmatique : 3, 7, 174.

T

Terme :

- **Terme extinctif :** 17, 47, 48.
- **Terme suspensif :** 46.

V

Vente : 4, 80, 97, 138, 179, 186, 253,
256, 289.

BIBLIOGRAPHIE

I-OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, MANUELS ET DICTIONNAIRES

BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 14^{ème} éd, Montchrestien, 2014.

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

CADIET L., NORMAND J., AMRANI MEKKIS., *Théorie générale du procès*, Coll. Thémis, 2^{ème} éd, PUF 2013.

CAPITANT R., TERRÉ F., LEQUETTE Y. et CHÉNÉDÉ F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 13e éd, Dalloz 2015.

CARBONNIER J., *Droit civil. Les biens. Les obligations*, Tome 2, PUF 2004.

CAYLA O. et HALPÉRIN J.-L., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz 2008.

CORNU G. :

- *Linguistique juridique*, 3e éd, Montchrestien 2005.

- *Vocabulaire juridique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 10^e éd, P.U.F 2014.

CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, 3^e ed., PUF, coll. Thémis droit privé, 1996.

DELEBECQUE Ph. et PANSIER F.-J., *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, vol. 1, 6e éd, LexisNexis 2013.

DELEBECQUE Ph. et COLLART-DUTILLEUL F., *Contrats civils et commerciaux*, 9e éd, Dalloz 2011.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. 6, *Droit civil, Les obligations*, 22^e éd., Refondue, t. 4, PUF 2000.

DESHAYES O., GÉNICON Th. et LAITHIER Y-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article,* LexisNexis, 2016.

DROSS W., *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne,* LexisNexis, 2e éd., 2011.

FABRE MAGNAN M., *Droit des obligations ; Contrat et engagement unilatéral* 2^e ed., PUF, coll. Thémis droit privé, 2010.

FISCHER J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français,* PUF, 2004.

FLOUR J., AUBERT J-L., SAVAUX E., *Droit civil, Les obligations. L'acte juridique,* Vol 1, 16^e éd, Sirey 2014.

FONTAINE M., VINEY G., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* Etude de droit comparé, LGDJ 2001.

GIRARD P-F., *Manuel élémentaire de droit romain,* 8e éd, Dalloz 2003.

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure Civile : droit interne et droit de l'Union Européenne,* 30^{ème} édition, Dalloz 2010.

HERON J., LE BARS T., *Droit judiciaire privé,* 4^e ed., Montchrestien , coll. Domat droit privé, 2010.

LARROUMET Ch. et BROS S., *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat,* 7e éd., Economica 2014.

MALAUURIE PH., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations, (à jour de la réforme du droit des obligations),* 8^e édition, LGDJ 2016

MALAUURIE PH., AYNES L., GAUTIER PY., *Droit civil, Les contrats spéciaux,* 5^e ed., Defrénois 2011.

MALINVAUD Ph., FENOUILLET D. et MEKKI M., *Droit des obligations*, 13e éd., LexisNexis 2014.

MOUSSERON J.), *Technique contractuelle*, 4^e ed, Editions Lefebvre 2010.

PERROT R., THERY PH., *Procédures civiles d'exécution*, 2^e ed., Dalloz, 2005.

PERROT R., *Institutions Judiciaires* ,10^e éd. Montchrestien, Paris 2008..

PLANIOL M., RIPERT G., BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e ed L.G.D.J, 1952.

POTHIER R.J., *Traité des obligations*, Thomine et fortic, 1821, rééd. Dalloz, 2011.

H. ROLAND et L. BOYER, *Dictionnaire des expressions juridiques*, 2e éd., L'Hermès 1991.

SERIAUX A., *Droit des obligations*, 2^e ed, PUF, coll. Droit fondamental, 1998.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Droit civil, Les obligations*, 6^e ed, Litec, 1998.

TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., DROIT CIVIL, *les obligations*, 10^{ème} éd. Dalloz 2009.

II-OUVRAGES SPÉCIAUX: MONOGRAPHIES, THÈSES ET OUVRAGES COLLECTIFS,

AMBRAS D.D, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, Paris 1994.

AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèse, Vol. 11, 2002.

ANABA MBO (A.), *Les procédures rapides au Cameroun*, Thèse, Paris X – Nanterre, 2003.

ARFAOUI B., *L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international*, Thèse, Limoges, 2008.

ATIAS C., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5^e ed., Litec, 2010.

BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, 2^e éd, LGDJ 1976.

BOUARD F., *La dépendance économique née d'un contrat*, LGDJ 2007.

BOYER G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats: (Origines de l'article 1184 C. Civ.)* . Thèse de doctorat, Presses universitaires, 1924.

BRES A., *La résolution du contrat par dénonciation unilatérale*, Litec Vol 80, 2009.

BRUNET C., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse dactyl, Paris 1973.

CAUMES C., *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, Université D'Avignon des pays de Vaucluse, Novembre 2010.

CERDA C., *La nature juridique du procès*, Thèse Paris II, 1968.

CHABAS C., *L'inexécution licite du contrat* », LGDJ, 2002.

CHAZAL P., *De la puissance économique en droit des obligations*, Thèse Université Pierre Mendes, 1996.

CHENU D., *Les clauses contractuelles autonomes*. 1 vol. Tours, France, 2010.

COLLOMB P., *Demeure et mise ne demeure endroit privé*, Thèse dactyl Nice 1974.

COLSON R., *La fonction de juger, étude historique et positive*, Thèse Université de Nantes 2003.

DAVASSE-BONTE C., *Le rôle du juge dans la rupture du contrat : étude de droit civil et de droit du travail*, Thèse Toulouse 2008.

DELBECQUE PH., *Les clauses alléguant les obligations dans les contrats*, Thèse dactyl., Aix-Marseille, 1981.

DERVEAUX H., *De la compétence absolue du juge des référés*, Thèse dactyl., Caen, 1914.

DESCAUDIN C., *Etude comparative du rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Thèse CERGY PONTOISE, 2009.

DESGORGES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, Thèse dactyl., Paris II, 1992.

DEVEAU J., *Le délai de grâce dans le code civil et la législation contemporaine*, Paris, dactyl., 1937.

DUCHASSAING DE FONTBRESSIN P., *Renaissance de la justice privée*, Thèse dactyl., Paris II 1978.

DUPRE DE BOULOIS X., *Le pouvoir de décision unilatérale, Etude de droit comparé interne*, LGDJ, 2006.

DURAND P., *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, LGDJ., Paris 1987.

ENCINAS DE MUNAGORRI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Pref LYON-CAEN A, LGDJ 1996.

ESTAZ P., *L'urgence et les principes classiques de droit civil*, LGDJ, Paris, 1968.

ESTOUP P., *La pratique des procédures rapides*, 2^{ème} édition, Litec, Paris, 1998.

FAGES B., *le comportement du cocontractant*, PUAM, 1997.

FISHER J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM 2004.

FONTAINE M. et VINEY G., *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, étude de droit comparé*, LGDJ, Paris 2001.

FOYER J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Thèse Paris, 1954.

FRANCES M., *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans les procédures du référé*, Dalloz, Paris, 1935.

FRASSON V., *Les clauses de fin de contrat*, Thèse Lyon III Jean Moulin, 2014.

GAILLARD E., *Le Pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

GAUDEMET S., *De la clause réputée non écrite*, Perf LEQUETTE Y, vol 13, 2006.

GAUDIN DE LAGRANGE E., *L'intervention du juge dans les contrats*, Thèse Montpellier, 1935.

GEBRAY PH., *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, Thèse Dijon, 1976.

GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Paris, 2007.

GHESTIN J. et FONTAINE M., sous la direction de, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Paris, 1996.

GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM coll. Institut de droit des affaires, 1999.

GRAS N., *Essai sur les clauses contractuelles*, Thèse Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2014.

GROSSER P., *Les remèdes à l'inexécution. Essai de classification*, Thèse Paris II, 2000.

GUIDARD (P.), *Le juge des référés, l'extension de son rôle*, Thèse Montpellier, 1923.

HENRY X., *La technique des qualifications contractuelles*, Thèse Nancy II, 1992.

HOUIN B., *Rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, Thèse dactyl Paris II, 1973.

IBARA R., *Aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse Poitiers, 2012.

JESTAZ (P.), *L'urgence et les principes classiques de droit civil*, LGDJ., Paris, 1968.

LAFONT DE SANTENAC (P.), *De la clause pénale dans les obligations en droit romain et droit français*, Thèse 1878, Toulouse.

LAITHIER. Y-M, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ 2004.

LAOUANI, ZAKARIA, *Le juge et la résolution du contrat*. Thèse Université du droit et de la santé, Lille 2001.

LASSALLE BERENGERE, *Le juge des référés et le contrat*. Thèse de doctorat, 2000.

LEPELTIER (E.), *La résolution judiciaire pour inexécution des obligations*, Dalloz 1934.

LEVENEUR-AZEMAR M., *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Thèse, Paris II, 2016.

MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, LGDJ 1992.

MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), *Le juge des référés et le contrat*, Université d'Aix-Marseille, 2000.

NORMAND (J.), *l'office du juge et la contestation*, LGDJ., 1965.

OUELHAZI R., *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, Thèse, Robert Schuman Strasbourg, 1997.

PANCRAZI-TIAN (M-E), *La protection judiciaire du lien contractuel*, PUAM, 1996.

PAULIN (CH.), *La clause résolutoire*, LGDJ 1996.

PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse Université de Dijon 1987.

POPINEAU-DEHAULLON C., *Les remèdes de la justice privée à l'inexécution du contrat, Etude comparative*, LGDJ Bibliothèque de droit privé 2008.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e ed Paris, LGDJ 1979.

ROCHFELAIRE I., *L'aménagement de la force majeure dans le contrat : essai de théorie générale sur les clauses de force majeure dans les contrats internes et internationaux de longue durée*, Thèse Poitiers, 2012.

RUET C., *La résolution unilatérale des contrats à exécution successive*, Thèse dactyl Paris XI, 1995.

SAEDI, SEYYED OMID, *Le retard dans l'exécution des obligations contractuelles: étude comparée du droit civil français et iranien*. Thèse Panthéon-Sorbonne, 2011.

SALEM HIBA., *Les clauses sanctionnant l'inexécution d'une obligation contractuelle: Etude de droit interne et droit international privé*, Thèse Panthéon-Assas, 2005.

SARAH J., *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*. 1 vol. Institut de droit des affaires, PUAM, 2001.

SAVAUX E., *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ 1997.

SOUSTELLE P., *les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, Thèse dactyl, Université Saint-Etienne 1996.

STRICKLER Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse dactyl, Strasbourg 3, 1993.

TOMASIN D., *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ., Paris, 1975.

VALORY S., *La potestatives dans les relations contractuelles*, coll. Institut de droit des affaires 1999.

VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance*, LGDJ., Paris, 1986.

WANDJI KAMGA A-D, *Le droit à l'exécution forcée ; Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse Limoges et Yaoundé II, 2009.

III-ARTICLES, CHRONIQUES ET CONTRIBUTIONS

ADJITA A-S., « L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA) », *Penant*, n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473.

AKAM AKAM A., « L'information dans le contrat de transport de marchandise par route », *RRJ* 2006-3 p. 1647-1684.

« La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, p. 501.

ALLIX D., « Réflexion sur la mise en demeure », *JCP G* 1977, I, 2844.

AMRANI-MEKKI S.:

- « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois*, 30 mars 2002 n° 6, P. 355.

- « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois*, 30 mars 2003 n° 6, P. 369 ;

- « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, *PA* 13 août 2002 n° 161, p. 4.

ANCEL M-E., « Cyber-contrefaçon de droit d'auteur et compétence internationale », *JCP éd G*, n° 5, 3 Février 2014, 123.

ANCEL N., « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, juin 2016, n° 02.

ANCEL P. :

- « Le juge et l'exécution du contrat » in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, sous la direction de COLLART DUTILLEUL et COULON C, Economica, coll Etudes juridiques, vol28, 2007, p. 103 et s.

- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771.

- « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de ANCEL P et RIVIER, Economica, coll. Etudes juridiques, vol10, 2001.

- « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois », *RJT*, 2011, n°45, p.87.

- « Quelques observations sur la structure des sections relatives à l'exécution et à l'inexécution des contrats », *RDC*, 01 janvier 2006 n° 1, p. 105.

ANSELME-MARTIN O., « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *Petites affiches*, 22 janvier 1997 n° 10, P. 17.

AUBERT DE VENCELLES C., « La résolution du contrat pour inexécution » in *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction TERRE F, Daloz, coll thèmes et commentaires, 2009, p. 260 et s.

ATTAL M., « L'opposabilité des clauses attributives de juridiction en matière internationale : la saga continue », *JCP éd G*, n°19, 12 Mai 2014, 559.

ATIAS C., « Les « risques et périls » de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.* 2003 p. 1103.

AYNES L. :

- « Propos introductifs », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de JAMIN C et MAZEAUD D, Economica, coll. Etudes juridiques, Vol9, 1999, p. 3 et s.

- « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC*, 01 décembre 2003 n° 1, p. 323 ;
- « La clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *Droit et Patrimoine*, 2004 p. 128.

- « Le droit de rompre unilatéralement: fondement et perspective », *Doit et Patrimoine* 2004, n° 126.

BAC A., « De la construction du contrat à sa qualification par le juge », *JCP ed E*, n° 19, 10 Mai 2001, p. 790.

BACACHE M., « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.2016*, p.1454.

BAKOUCHE D., « L'articulation des résolutions unilatérale et conventionnelle », *JCP éd G*, n° 14, 7 Avril 2014, 414.

BARBIERI J-J., « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *JCP éd G*, n°10-11, 10 Mars 2014, 322.

BAVOZET F., «Rupture de contrat dans le football professionnel : quand faut-il saisir la commission juridique de la ligue ? », *JCP éd G*, n°3, 14 Janvier 2013, 63.

BALAT N., SAFI F., « La sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle : l'abus de confiance ? », *D.2016*, p.1409.

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

- « La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », *Bulletin ; D.* 2015. 1677

BENABENT A.:

- « L'équilibre contractuel : une liberté contrôlée », *Petites affiches*, 06 mai 1998 n° 54, P. 14.

- « Les nouveaux mécanismes », *RDC*, 16 février 2016, n° Hors-série.
- « Observations conclusives » in « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

BENABENT A., AYNES L., « La réforme du droit des contrats », *RDC*, 16 février 2016 n° Hors-série

BENILLOUCHE M., « La valeur primordiale du devoir de bonne foi en droit européen des contrats est-elle une originalité purement formelle ? », *Petites affiches*, 29 juillet 2004 n° 151, P. 6.

BERLIN D. :

- « Le consentement... le chaînon manquant à la chaîne de contrats », *JCP éd G*, n° 11, 11 Mars 2013, 313.
- « Libre circulation des jugements et respect des compétences étatiques », *JCP éd G*, n° 42, 14 Octobre 2013, 1082.
- « Obscurité des clauses contractuelles... et de la directive », *JCP éd G*, n° 19, 12 Mai 2014, 564.

BERNARD DE SAINT AFFRIQUE J., « Du devoir de conseil », *Defrénois*, 15 août 1995 n° 15-16, P. 913.

BIGOT J., « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance », *JCP éd G*, n° 28, 11 Juillet 2016, 833.

BERELL FERENCZ B., « L'utilisation illégale de la force armée en tant que crime contre l'humanité », *JCP éd G*, n° 28, 11 Juillet 2016, 833.

BERNHEIM-VANDECASTEELE L., « Survie de certaines clauses en cas de résolution du contrat pour inexécution : Brèves réflexions à la lumière de la jurisprudence récente » *Petites affiches*, 15 février 2013 n° 34, P. 6.

BIDAUD – GARON C., « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP éd G*, n° 26, 24 Juin 2013, 729.

BILLIAU M., LOISEAU G., « Régime de l'obligation », *JCP éd G*, n° 35, 26 Août 2013, 897.

BLANC N., « Le juge et les standards juridiques » » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, n°2

BONNEAU C., « Responsabilité du locataire du fait des occupants de son chef », *JCP éd G*, n° 47, 18 Novembre 2013, 1224.

BOUCARD H., «Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », *RDC*, 01 octobre 2013 n° 4, p. 1669.

BOURGEON C., « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », *RDC*, 01 janvier 2005 n° 1, p. 109.

BUGADA A. :

- « À travail égal salaire égal : pas d'appel pour les jugements inférieurs au taux du dernier ressort », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 149.

- « Contentieux du travail : concurrence déloyale et rétractation de l'ordonnance sur requête », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 152.

- « Saisie des rémunérations : portée du procès-verbal de conciliation, *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 150.

- « Référé dominical : action et témoignage en justice de l'inspecteur du travail », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 148.

BURGELEIN J-F, COULON J-M et FRISON-ROCHE M-A., « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.* 1995, chron, p. 67 et s.

BORGHETTI J-S,:

- « L'avant – projet de réforme de la responsabilité civile, vue d'ensemble de l'avant – projet », *D.*2016, p.1386.

- « L'avant – projet de réforme de la responsabilité civile : commentaire des principales dispositions », *D.*2016, p.1442.

BOYER J., « Le juge des référés peut... Réflexions sur les pouvoirs du juge des référés » in *Mélanges dédiés à BOYER L.*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.135 et s.

BRAULT P-H. :

- « Sur l'acquisition de la clause résolutoire et la protection des créanciers inscrits », *Loyers et Copropriété*, n°6, Juin 2008, comm. 132.

- « Conditions d'application de la clause résolutoire d'un bail commercial », *JCP éd E*, n° 12, 22 mars 2007.

BRENET F., « Un nouveau recours devant le juge du contrat : l'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat », *Droit Administratif*, n° 5, Mai 2013, comm. 33.

BRIAND Ph.., « Suspension judiciaire des effets de la clause de résiliation pour défaut de paiement des loyers », *AJDI* 2001 p.344.

- « Conditions d'une action en résiliation d'un bail d'habitation : de la nécessité d'une mise en demeure préalable et de la clause d'habitation personnelle », *AJDI* 2001 p.343.

- « Conditions d'ouverture de l'exception d'inexécution lorsque la rétention porte sur les charges », *AJDI* 2002 p.122.

- « Les effets de la cession de bail résultant de la vente de l'immeuble loué », *AJDI* 2003 p.25.

- « La cession du bail par le locataire ne rend pas exigible à son encontre la réparation des dégradations causées à l'immeuble loué », *AJDI* 2002 p.28.

- « Conditions d'une action en résiliation d'un bail d'habitation : de la nécessité d'une mise en demeure préalable et de la clause d'habitation personnelle », *AJDI* 2001 p.343.

BRISSET J., « Quelques perspectives historiques sur la règle « nul ne peut se faire justice à soi-même », *APD* 1976 p.205.

BRONNENKANT H., « La communication et le procès. - Règles nationales et standards européens », *JCP éd G*, n° 50, 9 Décembre 2013, 1322.

BROS S., « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », *RDC*, 01 octobre 2012 n° 4, p. 1452.

BRUNET P., « L'appréciation par le juge de cassation du pouvoir d'appréciation du juge du contrat », *RDC*, 01 janvier 2011, n° 1, p. 213.

BURGUELIN JF., COULON J-M., FRISSON-ROCHE M-A., « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.*1995 p. 67.

BUSSY F., « L'erreur judiciaire », *D.* 2005 p. 2552.

BUY F., :

- « L'imputabilité de la rupture d'une relation contractuelle », *Revue Lamy Droit Civil*, 2004, p. 11.

- « L'interdépendance contractuelle à l'honneur », *JCP éd G*, n°24, 10 Juin 2013, 673.

CABRILLAC R. :

- « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190.

- « Insaisissabilité et inaliénabilité », *RJ USK*, n° 10, 2009, pp. 111-134.

- « Les évolutions du préjudice en droit français de la responsabilité civile », *RJ USK*, n° 10, 2009, pp. 145-158.

CADIET L. :

- « Les jeux du contrat et du procès : Esquisse » in *Philosophie du droit et de droit économique, Quel dialogue avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 151 et s.

- « Liberté des conventions et clauses relatives au litige », *LPA* 5 mai 2000, n° 90, p. 30 et s.

- « Une justice contractuelle, l'autre » in *Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 177 et s.

- « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC* 2003/1, p. 182 et s.
- « Du devoir de cohérence en procédure civile », *JCP G* 2006, I, 133.

CASHIN RITAINE E., « Nouvelles tendances en droit des obligations – Quel droit s'applique ? », in *Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007*, *RDU*, 2008, pp. 69-100.

CATTALANO-CLOAREC G., « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », *RDC*, 11 mars 2016, n° 03, p. 6

CALAIS-AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD Civ.* 1994 p. 239.

CADOU E., « Justice privée et procédures collectives », *RTD Com.* 2000 p. 817/

CALVERA E., TOURNOIS M., « La clause résolutoire dans les différents types de baux », *GP*, 04 août 2007 n° 216, p. 2.

CAMPANA M-J., « La résiliation de plein droit des contrats en cours », *PA*, 08 juillet 1996 n° 82, p. 11.

CARAMALLI D., Remarques et mise en garde pour la rédaction de clauses de «meilleure diligence», *Petites affiches*, 11 juin 2003 n° 116, p. 4.

CASSIA P., « Les universités peuvent-elles limiter le nombre des réinscriptions en licence ? », *JCP éd G*, n° 10-11, 10 Mars 2014, 293.

CASSIN R., « Réflexions sur la résolution judiciaire du contrat pour inexécution », *RTD civ*, 1945, p. 159 et s.

CATHELINEAU A., « Le retard en droit civil », *Petites affiches*, 28 août 1998 n° 103, p. 4.

CEDRAS J., « Réflexions sur le solidarisme contractuel en doctrine et devant la cour de cassation » in *Rapport annuel de la cour de cassation*, Paris, la documentation Française, 2003, « Etudes de documents », p.186 et s.

CHACOMAC J., « La protection des créanciers de la société absorbée à l'issu d'une fusion internationale ; Conflits de lois et règles d'harmonisation minimale au service de la sécurité des investisseurs audacieux », *D.2016*, p.1404.

CHAUVIN J-M., « Les effets de la clause résolutoire dans les baux commerciaux », *Revue juridique de l'Ouest*, 1994, pp. 33-59.

CHAUVIRE PH., « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », *RLDC* Octobre 2010 ; n° 75, p.7 et s.

CHAVANCE E. :

- « Sur la bonne foi du bailleur dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *Loyers et Copropriété*, n°5, Mai 2009, comm. 120.

- « Sur l'usage abusif de la clause résolutoire », *Loyers et Copropriété*, n°11, Novembre 2009, comm. 2.

- « Le juge ne peut dire qu'il n'y a pas lieu au jeu de la clause résolutoire sans octroyer de délais de paiement ni constater qu'il en avait été accordés », *Loyers et Copropriété*, n° 7, juillet 2011, comm. 219.

CHAVENT-LECLÈRE A-S. :

- « Condamnation de la France pour la durée d'une détention provisoire », *Procédures*, n° 12, Décembre 2013, comm. 356.

- « Retour sur la réparation intégrale du préjudice », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 356.

CHAZAL J-P. :

- « De la signification du mot loi dans l'article 1134 du code civil », *RTD civ.* 2001, p.265 et s.
- « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz 2003, p. 99 et s.

CHENEDE F., « Edmond Colmet de Santerre, la notion d'« obligation naturelle » », *RDC*, 01 Mars 2014, n°1, p.133.

CORDIER – VASSEUR C., DECOUX-LAROUDIE C., « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP éd G*, n° 24, 10 Juin 2013, 693.

CORNU G. :

- « La bonté du législateur », *RTD Civ.* 1991 p. 283.
- « Les principes directeurs du procès civil par eux même (fragments d'un état des questions) », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 et s.

COULON C., « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant », *D.* 2002, p. 843.

CREUX-THOMAS F., « L'égalité hommes-femmes, c'est maintenant ? », *JCP éd G*, n° 4, 21 Janvier 2013, 66.

CROTEAU N., « Le contrôle des clauses abusives dans le contrat d'adhésion et la notion de bonne foi », *R.D.U.S.*, n°26, 1996, p. 401.

CROZE H. :

- « Existe-t-il un monopole de l'enseignement du droit ? », *JCP éd G*, n° 5, 28 Janvier 2013, 94.
- « L'autre communication électronique procédurale », *Procédures* n° 2, Février 2014, repère 2.

- « Notion de procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge », *JCP éd G*, n° 21-22, 26 Mai 2014, 607.
- « Nul n'est censé connaître la loi », *Procédures*, n°5, Mai 2013, repère 5.
- « Toi – même ! », *Procédures* n° 4, Avril 2014, repère 4.
- « Tout et son contraire », *Procédures*, n° 1, Janvier 2014, repère 1.

DAHER F., « Responsabilité civile : Indifférence au discernement ? », *RJ USK*, n° 10, 2009, pp. 251-264.

DANET A. « L'exécution forcée sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement », *JCP éd G*, n° 12, 24 Mars 2014, 362.

DANIS-FATÔME A., « Contrat d'infogérance du système d'information et exigences procédurales de la mise en œuvre d'une clause résolutoire », *RDC*, 01 mars 2017, n° 1, p. 56.

DARANKOUM E-S. « La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution », *in Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, RDU, 2008, p.229-252.*

De GIRARD P-M., PASCAUD C-A., « Garanties de passif : « 1134, alinéa 1^{er} » contre « 1134, alinéa 3 » : combat de titans ou subtile alliance ? », *D.2009* p. 2233.

DEBET A., « Forum de discussion : le droit de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée dans le monde numérique », *Communication Commerce Electronique*, n°1, Janvier 2009, comm. 5.

DEHARO G., « Qualification de l'abus de procédure », *JCP éd G*, n°19, 6 Mai 2013, 525.

DELEBECQUE PH. :

- « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », *Petites affiches*, 05 mai 2000 n° 90, P. 22.
- « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », *RDC*, 01 avril 2011 n° 2, p. 681.
- « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », *Droit et Patrimoine*, 2004, 126.

DELPECH X. :

- « Le banquier ne peut se contredire dans la mise en œuvre d'une convention d'unité de compte », *D.* 2005, p. 883.
- « Publicité en matière de produits financiers : cohérence avec l'investissement proposé », *D.* 2008, p. 1892.

DE LA TOUR J-R., « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, n° 02.

DESDEVISES Y., « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables », *D.* 2000, chron., p.284 et s.

DESOUTER L., « Les clauses de rupture- étude pratique », *RLDA Revue Lamy Droit des Affaires* , 2010 n°. 51.

DERIEUX E., « Suppression en référé des passages d'un livre », *JCP éd G*, n° 1-2, 13 Janvier 2014, 7.

DEYGAS S. :

- « Le juge des référés administratif et la QPC », *Procédures*, n° 7, Juillet 2013, comm. 226.
- « Liberté fondamentale et office du juge administratif », *Procédures* n° 4, Avril 2014, comm 127.

- « Mécanismes de la décision implicite de l'Administration et procédure contentieuse », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 158.
- « Pouvoirs du juge du contrat saisi après injonction du juge de l'exécution », *Procédures*, n° 6, Juin 2010, comm. 253.
- « Principe de la contradiction et référé-liberté », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 160.
- « Quelle application de la jurisprudence dite Danthony ? », *Procédures*, n° 1, Janvier 2014, comm. 30.
- « Requête en référé-instruction », *Procédures*, n°5, Mai 2014, form. 5.
- «Appréciation de l'urgence en matière de recours en référé contre un refus d'autorisation d'urbanisme », *Procédures*, n°10, Octobre 2013, comm. 300.
- «Délais de recours et prescription quadriennale en matière de travaux publics », *Procédures* n° 4, Avril 2014, comm. 57.
- «Fin définitive de la théorie de la connaissance acquise », *Procédures*, n°5, Mai 2013, comm. 169.
- «Intérêt pour agir d'une association et champ d'action géographique », *Procédures*, n°5, Mai 2014, comm. 159.

DIOH. A., « Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur en droit OHADA, Etude à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, Mars 2013, p.135

DISSAUX N. :

- « La relative relativité du contrat à l'égard des tiers », *JCP éd G*, n° 12, 24 Mars 2014, 336.

DOUCHY-OUDOT M. :

- « Contentieux familial : exercice de l'autorité parentale par l'administrateur légal », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 153.
- « Divorce : modification du fondement de la demande en appel », *Procédures*, n°5, Mai 2014, comm. 151.

DUPICHOT P., « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC*, 01 janvier 2013 n° 1, p. 387.

DUPUIS F., « Les saisies en matière pénale, de l'opportun à l'opportunisme », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, étude 6.

DURAND S., « Les effets indésirables de la nullité d'un contrat de collaboration libérale », *JCP éd G*, n° 7, 17 Février 2014, 217.

DYMANT M., « Assignation du tiers saisi défaillant devant le juge de l'exécution », *Procédures*, n° 3, Mai 2014, form. 3.

ETIENNEY de Sainte Marie E.,:

- « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », *in L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC 2016*, n° 02.

- « L' « interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat » *in L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC*, 31 janvier 2015, n° 01.

ERSTEIN L.,:

- « Application d'office des réserves d'interprétation », *JCP éd G*, n° 23, 3 Juin 2013, 645.

- « Droit des étrangers : rétention et limites de l'autorité absolue de la chose jugée », *JCP éd G*, n° 51, 16 Décembre 2013, 1348.

EUDIER F., « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », *in Code civil et modèles, Des modèles du code au Code comme modèle*, sous la direction REVET T, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc ; p. 225 et s.

ROLIN E., « Les règlements de différends devant l'autorité de régulation des télécommunications », *in Marie-Anne Frison-Roche, Droit et économie de la régulation*, Presses de Sciences Po, *Hors collection*, 2004, p. 149-173.

DESHAYES O. :

- « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes » in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

- « La réforme », *RDC*, 01 Mars 2014, n°1, p.1.

FABIEN C., « La rupture du contrat par volonté unilatérale en droit québécois », *RGD.*, n° 36, 2006, pp. 85-109.

FADLALLAH I., « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.* 2003 p. 750.

FAGES B. :

- « L'art et la manière de rédiger un contrat », *Droit et Patrimoine* 1999.
« Le contrat en mouvement : négociation, rédaction », *Droit et patrimoine* 1999.

- « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *D.* 2003 p. 2386.

- « Clauses abusives dans les contrats de fourniture d'accès à Internet », *JCP éd G*, 22 Février 2006, n°8, II 10029.

- « Bonne foi et cohérence du comportement », *RTD Civ*, 2005, p. 391.

- « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », *RTD Civ*, 2007, p. 773.

- « La clause résolutoire n'échappe pas à la loi de la loyauté », *RTD Civ.* 2012, p. 727.

FAUVARQUE-COSSON B. :

- « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC*, 01 janvier 2006 n° 1, p. 147.

- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D* 2007, p.96.

- « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC*, 01 avril 2007, n° 2, p. 481.

FAURE-ABBAD M., « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D* 2007 p. 167.

FEDOU J-F., « Le juge et la révision du contrat » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, Juin 2016 n° 02.

FENOUILLET D.:

- « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », *RDC*, 01 janvier 2006, n°1, p.67.

- « Le juge et les clauses abusives » » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, Juin 2016, n°2.

FLOUR Y., GHOZI A., « Les conventions sur la forme », *Defrénois*, 15 août 2000 n° 15-16, p. 911.

FOMETEU J., « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », *Cahiers Juridiques et politiques*, n° 1, 2008, p. 137.

« La distance du juge, chronique d'humeur à propos d'un dilemme de magistrat », *Cahiers Juridiques et politiques*, 2014, p. 103.

FRANÇOIS J., « Les opérations sur la dette », *RDC*, 16 février 2016, n° Hors-série.

FRISSON-ROCHE., « les offices du juge », in *Jean Foyer, Auteur et législateur, Ecrits en hommage à jean foyer*, PUF, 1997 ; p.463 et s.

FRICERO N. :

- « Une nouvelle réponse déjudiciarisée à l'obstruction au paiement du créancier », *JCP éd G*, n° 28, 11 Juillet 2016, 807.

- « Égalité des armes, contradictoire et rapporteur public », *Procédures*, n° 8, Août 2013, comm. 241.

- « Quoi de neuf en procédure civile ? », *Procédures*, n° 2, Février 2014, étude 2.

FULCHIRON H., :

- « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.*2016, p.1472.

- « Flexibilité de la règle, souplesse du droit ; A propos du contrôle de proportionnalité », *D.*2016, p.1376.

GALLOIS A., « L'infiltration », *Procédures*, n°5, Mai 2014, alerte 19.

GELOT B., « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1er février 1995 », *Deffrénois*, 30 octobre 1995 n° 20, p. 1201.

GARAUD E., « La rupture unilatérale pour inexécution suppose un comportement grave du débiteur défaillant », *RLDC*, février 2004, p.5 et s.

GAUTHIER P-Y., « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », *D.* 2007, p. 2844.

GENICON TH. :

- « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toutes indemnité est-elle possible ? », *RDC* 2011/3, p. 832 et s.

- « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *RDC* 2010/1, p. 44 et s.

- « Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération », *RDC*, 01 janvier 2017, n° 01, p. 14.

GERBAY P., « Appel incident, appel provoqué et décret Magendie », *JCP éd G*, n° 21, 20 Mai 2013, 555.

GHESTIN J., :

- « La cause et la validité d'une clause de « parachute doré », *JCP éd G*, n° 41, 7 Octobre 2013, 1045.

- « La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *JCP éd G*, n° 37, 9 Septembre 2013, 929.

GRIMALDI C.,:

- « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats, *RDC*, 01 avril 2008 n° 2, p. 207.

- « La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif », *RDC*, 01 janvier 2017, n° 1, p. 86.

- « La valeur normative des directives d'interprétation » in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

GUEVEL D., « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats – Propos introductifs » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, 31 mars 2015, n° 02.

GUEZ P., « L'inopposabilité de la clause attributive de juridiction au sous-acquéreur dans les chaînes européennes de contrats », *JCP éd G*, n°18, 29 Avril 2013, 516.

GUINAMANT M-L, « Une crise des vocations dans la magistrature judiciaire ? », *JCP éd G*, n° 46, 11 Novembre 2013, 1158.

GUILLEMARD S. :

- « Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles », *R.G.D.*, 1993, n° 24, p. 369-395.

- « De la phase préalable à la formation de certains contrats », *R.G.D.*, n° 24, 1993, pp. 157-189.

HASSLER T., «Le point sur l'obligation de sécurité, *PA*, 12 février 1997 n° 19, P. 17.

HAUKSSON-TRESCH N., « La détermination par le juge du mode de réparation », *PA*, 29 mai 1998 n° 64, P. 4.

HEBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Jacques Maury*, Dalloz, Sirey 1960, p.420 et s.

HERCE S., « La mise en demeure : une garantie reconnue aux exploitants, des effets limités dans le temps », *Responsabilité et Environnement*, n° 45, janvier 2007.

HOCQUET – BERG S., « Haro sur le garagiste », *JCP éd G*, n° 7, 17 Février 2014, 189.

HUET G., « Pour le contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, *D.*1993 p. 331

HUL S., « « Pauvre Martin » : Généralisation de l'accès des tiers au juge du contrat ; ouverture ou impasse ? », *JCP éd G*, n° 20, 19 Mai 2014, 2153.

KEITA M., « Le rôle de la bonne foi du débiteur dans la mise en œuvre de la clause résolutoire », *JCP éd E*, n°26, 24 Juin 2004, 976.

KENDERIEN F., « Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions », *RTD. Com.* 2009 p. 81.

KENFACK H., « Droit des transports », *D.*2016, p.1396.

KOCHER V., « L'intervention du juge dans le contrat 1 », *RDC*, 01 janvier 2013, n° 1, p. 235.

KULLNANN J., « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*1993 p. 59.

JAMIN C., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901.

JOBIN P-G. :

- « Chronique de droit civil québécois », *RTD Civ.*, 1997, p.554.

- « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *in Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 1, 2006, p. 3-11.

JOURDAIN P., « Force majeure : l'Assemblée plénière manque l'occasion d'une définition claire », *D.* 2006, p. 1577.

LAFFLY R., MARTIN P., « Compétences partagées pour statuer sur une fin de non-recevoir entre le conseiller de la mise en état et la cour d'appel », *JCP éd G*, n° 12, 24 Mars 2014, 367.

LAGARDE X. :

- « Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », *JCP éd G*, n° 48, 25 Novembre 2013, 1255.

- « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP éd G*, n° 46, 13 Novembre 1996, I 3974.

LAMOREUX M., « Le juge de l'exécution et les clauses abusives », *PA*, 21 avril 2008 n° 80, p. 7.

LATINA M., « La condition dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP éd G*, n°30-35, 25 juillet 2016, 875.

LARDEUX G., « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *D* 2006 p. 1406.

LAITHIER Y-M.,:

- « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC*, 01 janvier 2013 n° 1, p. 410;

- « Le déclin du modèle de la résolution judiciaire », *RDC*, 01 janvier 2013 n° 1, p. 86 ;

- « L'articulation de la clause résolutoire et de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution : l'incertitude persiste », *RDC*, 01 juillet 2014, n°2.

- « Les sanctions de l'inexécution du contrat », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, 16 février 2016, *RDC*, n° Hors-série.

LAMARCHE M., « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation ? », *JCP éd G*, n° 4, 27 Janvier 2014, 93.

LAURENT PH., « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », *PA*, 08 mars 2000 n° 48, p. 6.

Le BARS B., « Limites de l'irresponsabilité des arbitres statuant malgré l'autorité de la chose jugée », *JCP éd G*, n° 4, 27 Janvier 2014, 89.

LEBEL C., « Délai de mise en œuvre du droit d'option », *JCP éd G*, n° 7, 17 Février 2014, 206.

LECUYER H. :

- « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *PA*, 30 septembre 1998 n° 117, p. 31.

- « Redéfinir la force obligatoire du contrat », *PA*, 06 mai 1998 n° 54, p. 44.

LEFRANC-HARMONIAUX C. :

- « Office du juge sur l'indemnité contractuelle de licenciement », *JCP éd G*, n° 12, 24 Mars 2014, 355.

- « Résiliation judiciaire : date d'appréciation des manquements de l'employeur », *JCP éd G*, n° 7, 17 Février 2014, 209.

LEFEBVRE B., « La rupture du contrat pour cause d'inexécution : Regards sur le rôle de la bonne foi », *R.G.D.*, n° 36, 2006, pp. 69-84.

LEGAC-PECH S., « Vers un droit des remèdes », *PA*, 04 décembre 2007 n° 242, p. 7.

LEVENEUR L. :

- « L'article 1134 alinéa 3 a ses limites », *Contrats Concurrence Consommation*, n°12, Décembre 2003, comm. 174.

- « Limites du rôle correcteur de la bonne foi dans l'exécution du contrat », *Contrats Concurrence Consommation*, n°6, Juin 2013, comm. 128.

LEROY J. :

- « Rien ne sert de courir, il faut partir à point », *JCP éd G*, n° 21, 20 Mai 2013, 583.

- « La lettre du contrat ne se limite pas à l'instrumentum », *JCP éd G*, n°20, 19 Mai 2014, 595.

LISIMACHIO N., BON A., « Rétractation d'une ordonnance sur requête. - Vigilance accrue des praticiens », *JCP éd G*, n° 14, 1^{er} Avril 2013, 402.

LUCAS-PUGET A-S., «La clause de renonciation à la résolution judiciaire », *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2013, form. 8.

LUCAS F-X., « Procès équitable et sanction d'un manquement contractuel », *RDC*, 01 octobre 2004 n° 4, p. 1012.

LE BLAN-DELANNOY V., « Le maintien judiciaire du contrat en cas de rupture abusive : l'impasse ? », *PA*, 24 Janvier 2005, n°16, p.6.

LEHMANN M., « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : leçons du droit allemand » *RDC*, 01 octobre 2013 n° 4, p. 1654.

LYONNET B., « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *GP*, 05 décembre 2000 n° 340, p. 15.

MAINGUY D., « La valeur des clauses de résiliation unilatérale dans un contrat à durée déterminée », *JCP ed E*, n° 48, 29 Novembre 2012, 1722.

MALAURIE PH., « Les sanctions en droit privé », *Defrénois*, 28 février 2006 n° 4, p. 316.

MELLERAY F., « Le crépuscule d'un paradoxe : vers la fin de l'autolimitation du juge du contrat ? », *RDC*, 01 avril 2008 n° 2, p. 620.

MARAIS A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », *Petites affiches*, 02 octobre 2002 n° 197, p. 7.

MARCHADIER F., « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012», *GP*, 08 décembre 2012 n° 343, p. 15/

MARTIAL-BRAZ N., « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la « personne raisonnable » et l'interprétation in favorem » in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?* *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

MARTIN D-R., « Des ambiguïtés de la résolution contractuelle », *PA*, 13 Septembre 1996, n° 111, p.7.

MARTIN D., « La loyauté dans l'exécution du contrat », *GP*, 24 mai 2012, n°145, p. 67.

MAYAUX L., « Revirement à la Cour de cassation : la renonciation à une assurance-vie peut être déclarée abusive », *JCP éd G*, n° 28, 11 Juillet 2016, 811.

MAZEAUD D. :

- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*, 01 Décembre 2003, n°1, p. 295
- « La rupture unilatérale du contrat pour inexécution », *RLDA*, 2010, n° 51.
- « Durée et rupture », *RDC*, 01 janvier 2004 n° 1, p. 129.
- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D* .2000 p. 284.
- « Dura clausula sed clausula », *D*.2001, p.3240.
- « L'unilatéralisme en matière de résolution, nouvel épisode », *D*. 2001 p. 3239.
- « Rupture unilatérale di contrat : encore un contrôle des motifs ! », *D*. 2010, p.2178.
- « La place du juge en droit des contrats » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *Revue des contrats*, n° 02
- « Observations conclusives », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, 16 février 2016, *RDC*, n° Hors-série.
- « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation » in « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? » *RDC*, 31 mars 2015, n°01.
- « La bonne foi : en arrière toute ? », *D*. 2006, p. 761.

- « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », *D.* 1995, p. 230.

- « L'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement dans la volonté de nuire de celui qui résilie », *D.* 1998, p. 113.

MBIKAYI K., « La confirmation des principes de bonne foi et de loyauté dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », in *Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007*, RDU, 2008, p. 223.

MEHDI R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (Quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD Eur.* 1996 p. 77.

MEKKI M., :

- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle : l'efficacité des clauses contractuelles », *RDC*, 01 avril 2007 n° 2, p. 239.

- « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat » » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC*, Juin 2016, n° 02, p.400.

MESTRE J., FAGES B., « L'article 1134 du code civil et la pesée juridique des mots », *RTD Civ.*, 2007, p. 340.

MESTRE J. :

- « Propos introductifs », Colloque loyauté et impartialité en droit des affaires, *Gazette du Palais*, 24 mai 2012 n° 145, P. 6.

- « Bonne foi et équité, même combat ! », *RTD Civ.* 1990, p. 649.

- « Rupture abusive et maintien du contrat », *RDC*, 01 janvier 2005, n° 1, p. 99.

- « Faire résoudre le contrat et l'invoquer ne vaut », *RTD Civ.* 1990, p. 473.

- « Force majeure et sort du lien contractuel », *RTD Civ.* 1990, p. 658.

- « Le respect de la loi contractuelle par le juge », *RTD Civ.* 1991, p. 113.

- « Une bonne foi décidément très exigeante », *RTD Civ.* 1992, p. 760.

- « D'un certain contrôle judiciaire des prix contractuels », *RTD Civ.* 1994, p. 346.

- « Nouvelles implications de l'exigence de bonne foi », *RTD Civ.* 1996, p. 898.

- « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTD Civ.* 1999, p. 98.

MIALOT C., « De nouvelles opportunités pour les docteurs en droit. - À propos de la loi Enseignement supérieur et recherche », *JCP éd G*, n° 41, 7 Octobre 2013, 1059.

MIARA S., « L'existence d'une clause résolutoire conventionnelle ne prive pas le salarié de la faculté de rompre le contrat de travail dans les conditions de droit commun », *JCP ed S*, n° 27, 5 Juillet 2011, act. 280.

MILANO L., « Quand le juge européen fixe le dies a quo des recours nationaux ! », *JCP éd G*, n° 13, 31 Mars 2014, 399.

MONEGER J., KENFACK H., « Bail commercial », *JCP ed E* chronn n° 27, 4 Juillet 2013, 1410.

MONEGER J., « États Généraux des baux commerciaux : réflexions finales », *Loyers et Copropriété*, n°5, Mai 2014, étude 6.

MONZER R., « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle », *RIDC.*, n° 3, 2007, pp. 523-549.

MOORE B., « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », *RJT*, n° 31, 1997, pp. 277-313.

MOLIERE A., « L'époux qui autorise la conclusion d'un cautionnement par son conjoint doit – il être mis en garde ? Retour sur la distinction des parties et des tiers au contrat », *D.2016*, p.1415.

MORAD R., « Le juge des référés et la résolution du contrat », *PA*, 18 Novembre 2010, n°230, p.3

MAUMONT B., « La procédure de surendettement à la lumière du droit de la prescription », *D.2016*, p.1481.

MENEMENIS A., « Le juge administratif du contrat : fragments pour un portrait », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 694, Février 2012, étude 1.

MBONGO P., « Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses », *JCP éd G*, n° 26, 24 Juin 2013, 750.

NEGRIN O. :

- « Décharge de responsabilité solidaire d'un tiers au contribuable en matière d'impositions indirectes », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 161.

- « Nullité des impositions supplémentaires notifiées par un agent territorialement incompétent », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 162.

- « Transaction fiscale : contribuables placés dans des situations semblables », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 163.

NEISS PH., « Le juge des référés et la résolution du contrat », *PA*, 18 novembre 2010 n° 230, p. 3.

NICOLAS E., ROBINEAU M., « Prendre le droit souple au sérieux ? - À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP éd G*, n° 43, 21 Octobre 2013, 1116.

NIGRI E., JALINIÈRE B., « La résiliation d'un contrat administratif à l'initiative du cocontractant privé de l'Administration à l'épreuve du droit public des contrats », *Contrats et Marchés publics*, n°4, Avril 2014, étude 4.

NGNINTEDEM J-C., « le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficultés », *Revue de droit uniforme, UNIDROIT*, NS, VOL XIV/2009, p.181.

NOTTE G., « Projet de loi relatif à la consommation », *JCP éd G*, n° 21, 20 Mai 2013, 554.

NOURISSAT C. :

- « De l'inopposabilité d'une clause attributive de juridiction au sous-acquéreur dans les chaînes européennes de contrats translatifs de propriété », *JCP éd G*, n° 44, 28 Octobre 2013, 1129.
- « Un tribunal arbitral d'origine légale peut interroger à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 142.
- « Établissement de la compétence du juge premier saisi en cas de litispendance dans le cadre du règlement « Bruxelles I », *Procédures*, n°5, Mai 2014, comm. 143.
- « L'action de groupe, c'est maintenant (ou presque...), *Procédures*, n°5, Mai 2014, repère 5.
- « Langue et procédure : d'utiles rappels... », *Procédures*, n°5, Mai 2014, comm. 144.
- «

NSIE E., « La sanction de l'inexécution des obligations des parties dans le contrat de vente, *Penant* n°850, janvier-mars 2005, p. 96.

OSMAN F., « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois*, 30 janvier 1993 n° 2, p. 65.

LOUDIN M., « Un droit européen...pour quel contrat ? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé », *RIDC*, n° 3, 2007, pp. 475-521.

PAISANT G.:

- « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} Février 1995 », *D.1995* p.223.
- « Confirmations sur l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP éd G*, n°11, 11 mars 2013, 297.
- « La reconnaissance du caractère abusif de clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé aux consommateurs », *JCP éd G*, n° 19, 6 Mai 2013, 538.

PASQUALINI F., « La révision des clauses pénales », *Deffrénois*, 30 juin 1995 n° 12, P. 769.

PAULIN C., « Interprétation souveraine des juges du fond de la clause résolutoire contenue dans un contrat », *D.* 1994, p. 483.

PECHILLON E., « Juger dans l'urgence : l'importance du respect des délais par le JLD en matière de soin sous contrainte », *JCP éd G*, n° 11, 11 mars 2013, 290.

PENNEAU A., « L'article 1134 du code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire », *D.* 2006, p. 1796.

PERDRIAU A., « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *PA*, 15 novembre 2001 n° 228, p. 8.

- « Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé », *JCP ed G*, n° 49, 7 Décembre 1988, I 3365.

- « Le contentieux de l'exécution », *Procédures* n° 8, Août 2008, dossier 13.

PERROT R. :

- « Clause de compétence », *Procédures* n° 8, Août 2013, comm 231.

- « Constatations purement matérielles », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 133.

- « Demande d'expulsion des occupants des constructions irrégulièrement édifiées », *Procédures* n° 4, Avril 2014, comm 105.

- « Constat de la résiliation du bail », *Procédures* n° 12, Décembre 2013, comm 338.

- « Diligences interruptives », *Procédures* n° 4, Avril 2014, comm 102.

- « Exécution provisoire », *Procédures* n° 4, Avril 2014, comm 103.

- « Chose jugée : « rejet de toute autre demande », *Procédures* n° 7, Juillet 2013, comm 211.

- « Contestation par le tiers saisi », *Procédures*, n° 6, Juin 2013, comm 182.

- « Demande prématurée », *Procédures*, n° 5, Mai 2013, comm 138.

- « Article 700 du Code de procédure civile », *Procédures*, n° 11, Novembre 2013, comm. 306.
- « Décision du juge de l'exécution », *Procédures*, n° 1, Janvier 2014, comm. 7.
- « Demande en réparation », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 140.
- « Requêtes aux fins de déferé », *Procédures*, n° 2, Février 2014, comm. 36.
- « Expertise in futurum », *Procédures*, n°5, Mai 2014, comm. 136.
- « Identité de parties », *Procédures*, n°5, Mai 2014, comm. 134.
- « Désistement sans réserve : sa portée », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 135.
- « Obligation contestable », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 137.
- « Plaidoirie devant un seul juge », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 138.

PICHERAL C., « Droits de la défense et coopération judiciaire civile », *JCP éd G*, n°10-11, 10 Mars 2014, 313.

PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP ed G*, n° 6, 10 Février 1988, I 3318.

PIETRI J-P. :

- « Office du juge du contrat », *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2014, comm. 66.
- « Référé « mesures utiles » et étendue des obligations contractuelles », *Contrats et Marchés publics*, n° 10, Octobre 2013, comm. 262.

POMART-NOMDEDEO C., « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.* 2010 p. 209.

POISSONIER G., « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation », *D.* 2006 p.370.

POULIQUEN C., « Le rôle de la volonté en matière de qualification des contrats », *RJO*, n° 4, 2000, pp. 409-439.

PRADEL J., « De la géolocalisation en procédure pénale. - À la recherche d'un statut », *JCP éd G*, n° 3, 20 Janvier 2014, 77.

PRIMEVERT M., « Le contrôle du juge sur les soins psychiatriques sans consentement », *JCP éd G*, n° 22, 27 Mai 2013, 625.

RAKOTOVAHINY M-A., « Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle », *PA*, 03 août 2011 n° 153, P. 6.

RAVENNE S., « Accession immobilière : bonne foi du preneur ou mauvaise foi du propriétaire ? », *JCP éd G*, n° 8, 24 Février 2014, 232.

RAYMOND G., « Office du juge en matière de clauses abusives », *Contrats Concurrence Consommation* n° 5, Mai 2006, comm.

REBUT D., « Juge constitutionnel. - Séisme sur la procédure pénale », *JCP éd G*, n°20, 19 Mai 2014, 598.

REES P., « Le juge de l'exécution, juge bis de la validité du contrat à l'usage des tiers ? » *Contrats et Marchés publics*, n° 6, Juin 2010, comm. 233.

RENET T.:

- « Le juge et la révision du contrat » » in *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC* juin 2016, n° 02 ;

- « Une philosophie générale » in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », 16 février 2016, *RDC*, n° Hors-série.

- « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion » in « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

REZGUI MORAD., ;

- « Le juge des référés et la résolution du contrat », *PA*, 18 novembre 2010 n° 230, p. 3.

- « L'annulation unilatérale du contrat », *PA*, 01 juillet 2009 n° 130, P. 6.

RICOH J., « Remarques philosophiques sur la responsabilité », *RGD.*, n°33, 2003, pp. 293-303.

ROCHFELD J., « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *RDC*, 01 janvier 2006 n° 1, p. 113.

- « Contrat et libertés fondamentales », *RDC*, 01 décembre 2003 n° 1, p. 17.

- « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », *RDC*, 01 janvier 2006 n° 1, p. 113.

ROBERT J-A., « L'utilité et mise en œuvre des clauses résolutoires », *RLDC*, 2010 n° 68.

ROCHE-DAHAN J., « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique. », *D* 1994 p. 255.

ROLLAND B. :

- « Difficultés des entreprises : autorité de chose jugée de l'ordonnance d'ouverture d'une procédure de conciliation (non) », *Procédures*, n° 8, Août 2013, comm. 248.

- « Compétence du tribunal en cas d'extension de procédure », *Procédures* n° 2, Février 2014, comm 51.

- « Difficultés des entreprises : allongement du délai de déclaration en faveur d'un créancier étranger », *Procédures*, n° 1, Janvier 2014, comm. 17.

- « Difficultés des entreprises : articulation d'une procédure d'ordre et d'une procédure collective », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 155.

- « Difficultés des entreprises : incompétence du juge de l'exécution pour statuer sur une vente aux enchères publiques ordonnée par le juge-commissaire », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 156.

ROUAULT M-C., « Un référé-liberté liberticide », *Procédures*, n° 3, Mars 2014, alerte 8.

ROUQUET Y., « Clause résolutoire d'un bail commercial : portée de l'obligation de mise en demeure », *AJDI*, 2010, p. 307.

RUET L., « Force majeure, virement bancaire et paiement du loyer », *Defrénois*, 15 mai 2010 n° 9, p. 1066.

SABARD O., « Les sanctions de l'inexécution du contrat : exception d'inexécution/exécution forcée », *RDC*, 11 mars 2016, n° 03, p. 7.

SACCO R., « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC*, n° 4, 2007, pp. 744-760.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N. :

- « Les clauses abusives dans le contrat de bail d'habitation en logement meublé », *RDC*, 01 Mars 2014, n°1, p.97.

- « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats Concurrence Consommation*, Juin 2008, n° 6, étude 7.

SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », *RDC*, 01 octobre 2013 n° 4, p. 1643.

SARGUS P., « Les sept piliers de la sagesse du droit. – 12 janvier 1815 – 12 janvier 2015 » *JCP ed G*, n° 1-2, 12 janvier 2015, 34.

SAVAUX E., « La mise en œuvre des sanctions de l'inexécution du contrat en cas de pluralité de créanciers », *RDC*, 01 octobre 2013 n° 4, p. 1337.

SEUBE J-B.:

- « Haro sur les clauses de divisibilité ! », *JCP éd G*, n° 24, 10 Juin 2013, 674.

- « Les dangers en cas de contrariété entre documents contractuels », *JCP éd G*, n° 23, 3 Juin 2013, 657.

- « La loi du 6 juillet 1989 : ordre public de protection ou ordre public de direction ? », *RDC*, 01 Janvier 2009, n°1, p. 165.

- « Clauses « conciliables » et « inconciliables » avec l'interdépendance des contrats », *RDC*, 01 Mars 2014, n°1, p.64.

- « Technique contractuelle », *JCP E*, n°25, Juin 2012, 1400.

- « L'effet de plein droit de la clause résolutoire », *RDC*, 15 Août 2017 n° 03, page 455.

SERIAUX A., « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD Civ.* 1993 p. 789

SIMLER P., « Propos introductifs – A la recherche des frontières de l'interprétation » in « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

SOUSTELLE PH. :

- « Le retour de la compétence du juge des référés pour octroyer un délai de grâce », *D.* 1999 p.517.

- « La bonne foi contractuelle oblige le débiteur à relever les erreurs de son créancier », *D.* 1997, p. 571.

STOFFEL-MUNCK PH.,:

- « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *D.* 2007, p. 2839.

- « Exécution et inexécution du contrat », *RDC*, 01 janvier 2009. n° 1, p. 333.

- « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », in « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », 16 février 2016, *RDC*, n° Hors-série.

- « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », *Droit et Patrimoine* 2004, n°126.

- « Répliques contractuelles », *RDC*, 01 janvier 2010 n° 1, p. 430.

STRICKLER Y. :

- « La protection de la partie faible en droit civil », *PA*, 25 octobre 2004 n° 213, p. 6.

- « Actualité référé », *GP*, 31 octobre 2006 n° 304, p. 6.

SUDRE F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP éd G*, n° 3, 20 Janvier 2014, 78.

TABI TABI G., « La remise en cause contemporaine du volontarisme contractuel »,

Cahiers de droit, vol 53, n° 3, p. 577-622.

TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD. Civ.* 1994 p. 223.

TANCELIN M., « Inexécution des contrats. Mise en demeure », *Cahiers de droit*, vol 11, n° 4, 1970, p. 577-622.

TEBOUL G., « La bonne foi en droit des affaires », *GP*, 17 mars 2009 n° 76, p. 3.

TENDLER R., « Le juge des référés, une « procédure ordinaire », *D.* 1991 p. 139.

TESSON F., « Sanction du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche et contrôle du juge de cassation », *JCP éd G*, n° 39, 23 Septembre 2013, 995.

TIREL M., « Précisions sur la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *D* 2017, p. 1595.

THIBIERGE-GELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats » *RTD. Civ.* 1997 p. 357.

TRICOT D., « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions » in *L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ?*, *RDC*, 31 mars 2015, n° 01.

UBAUD-BERGERON M., « Étendue de l'office du juge du contrat vis-à-vis de la décision du juge de l'excès de pouvoir », *Contrats et Marchés publics*, n° 1, Janvier 2014, comm. 23.

USUNIER L., « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et résistance », *RDC*, 01 octobre 2012, n° 4, page 1372.

VERGES E.:

- « La recherche de l'efficacité procédurale, moteur de la modernisation de la procédure civile. - À propos des ajustements procéduraux de l'année 2012 », *JCP éd G*, n° 5, 28 Janvier 2013, 95.

- « Nouvelles dispositions relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire », *JCP éd G*, n° 1, 7 Janvier 2013, 4.

VERICEL M., « Le retour (provisoire) des juridictions et juges de proximité en matière civile. - À propos de la loi du 24 décembre 2012 », *JCP éd G*, n° 6, 4 Février 2013, 132.

VÉZINA N., « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier », *RDUS.*, 1996, n° 26, pp. 455-495.

VINCENT-LEGOUX M-C., « Les modalités de l'action des concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif devant le juge du contrat : droit au recours *versus* sécurité des relations contractuelles », *D.2016*, p.1419.

VINEY G.,:

- « L'appréciation du préjudice », *PA*, 19 mai 2005 n° 99, p. 89.

- « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.2016*, p.1378.

VUITTON X., « L'article 6 de la Convention EDH à l'assaut du pouvoir discrétionnaire du juge civil », *JCP éd G*, n°7, 17 Février 2014, 218.

WALTZ B., « Précision quant aux critères d'appréciation du caractère solidaire d'un engagement », *JCP éd G*, n° 3, 14 Janvier 2013, 47.

WELLER M-PH., « L'anéantissement du contrat en France et en Allemagne », *RDC* 01 octobre 2013 n° 4, p. 1628.

WEILLER L. :

- « Compétence du juge étatique en présence d'une clause de résolution des litiges complexe », *Procédures*, n° 8, Août 2013, comm. 244.

- « Qualification de l'arbitrage et office du juge de l'annulation », *Procédures*, n° 2, Février 2014, comm. 49.
- « Clause compromissoire », *Procédures*, n° 5, Mai 2014, comm. 146.
- « Existence de la sentence : faute dans la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée », *Procédures*, n° 5, Mars 2014, comm 71.

WILSON C-P., « Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien », *RDC* 2016, n° 3.

WINTGEN R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC*, 01 avril 2006 n° 2, p. 543.

XAVIER HENRY., « Clause abusive où va la jurisprudence accessible ? » *D* 2002, p. 2557

ZAVARO M., « Contrepoint : le juge impartial face au contrat », *in Jean Mignard et Alain Vogelweith, Justice pour tous, La Découverte - Cahiers libres*, 2001, p. 78-84.

IV-NOTES, OBSERVATIONS

BAUCH-LABESSE N., note sous, Cass. ass plén., 21 décembre 2007,

BRAULT CH.E., note sous Cass 3^e civ, 04 mars 2009, *GP*, 26 septembre 2009 n° 269, P. 12.

BERTHELOT G., note sous, Cass. com., 15 février 2011, *JBE*, 01 mai 2011, n° 2, p. 118.

BOISMAIN C., note sous, cass. 3^e civ., 13 sept. 2011, *PA*, 28 novembre 2011 n° 236, p. 16.

BRAULT PH-H., note sous Cass. com., 19 févr. 2013, n° 12-13.662 *Loyers et Copropriété* n° 5, Mai 2013.

BECQUÉ – ICKOWICZ S., CABRILLAC S., note sous, Cass. com., 16 décembre 2014, n° 12-35440, F-D, *BJE*, 01 mars 2015, n° 02.

CHAVANCE E. :

- obs sous Cass. 3e civ., 4 mai 2011, n° 10-16.939, *Loyers et Copropriété* n° 7, Juillet 2011 ;
- note sous Cass. 3e civ., 11 déc. 2013, n° 12-22.616, *Loyers et Copropriété* n° 2, Février 2014, comm. 48 ;
- note sous Cass. 3e civ., 17 févr. 2010, n° 08-20.943, FS-P+B, P. c/ Sté Gudule : JurisData n° 2010-000804, *JCP E* n° 13, 1er Avril 2010, 1316 .

DELOBEL C., note sous Cass. 3e civ. 7 déc. 2011, *PA*, 06 février 2012 n° 26, P. 6.

DELPECH X. :

- note sous CJUE 21 févr. 2013, *D.*, 01 mars 2013, aff. C-472/11.
- note sous Cass com 10 juillet 2007, *D.*, 2007, n° 06-14.768 (n° 966 FS-P+B+I).

DESHAYES O., note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2012, n° 09-72792, *RDC*, 01 juillet 2012 n° 3, P. 795.

GALLET HC., note sous Cass. civ. 3e, 24 mai 2000, *PA*, 08 mai 2001 n° 91, p. 13.,

KENFACK H., notes sous, Cass. 3e civ. 8 déc. 2010, *JCP ed N* , n° 18, 6 Mai 2011, 1156 .

KUNTZ J-E., note sous, Cass. com., 6 déc. 2011.

LAITHIER Y-M., note sous Cass. 2^e civ., 25 février 2010, *RDC*, 01 juillet 2010, n°3, p. 814.

LEBEL C., note sous Cass 15 septembre 2010, *La Revue des loyers – 2010*, p.911.

LEVENEUR L., note sous Cass. 3e civ., 26 mars 2013, n° 12-14.870, F-D, Sté Trans-Lys c/ Sté Éts Brévière : JurisData n° 2013-005806, *Contrats Concurrence Consommation* n° 6, Juin 2013, comm. 128 ; note sous Cass. 3e civ., 24 sept. 2003, Rehm c/ Lajerowicz : Juris-Data n° 2003-020375, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, Décembre 2003, comm. 174

MAZEAUD D. :

- note sous Cass. com., 3 juin 2003, *RDC*, 01 octobre 2004 n° 4, p. 930
- note sous Cass civ. 3^e, 24 septembre 2003, *RDC*, 01 juillet 2004 n° 3, p. 644.

MAZURE J., obs. sous Cass. 3^e civ. 17 sept. 2013, *Defrénois* 30 décembre 2013 n° 24, p. 1256.

PIEDELIEVRE S., note sous Cass. 2e civ., 18 oct. 2012, n° 11-25.257, F-P+B : JurisData n° 2012-023321, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2013, comm. 20 .

PERRIN S., note sous CA Colmar, 15 nov. 2010, *PA*, 27 avril 2011 n° 83, p. 10.

PERROT R., notes sous Cass. 2e civ., 18 oct. 2012, *Procédures* n° 12, Décembre 2012, comm. 348., notes sous Cass. 3e civ., 23 mai 2012, n° 11-14.456, FS-D : JurisData n° 2012-011142, *Procédures* n° 7, Juillet 2012, comm. 213 ; Note sous Cass. 3e civ., 2 juill. 2013, *Procédures* n° 12, Décembre 2013, comm. 338.

PIGNATARI O., note sous cass. 3e civ. 3 nov. 2011, *PA*, 29 mai 2012 n° 107, p. 10.

POUMAREDE M., note sous cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, n° 09-70.502, D. 2011. 1620, *RDI* 2011, p. 447.

ROLLAND B., notes sous Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-21.659, JurisData n° 2013-019881 *Procédures* n° 12, Décembre 2013, comm. 352 ; Cass. com., 28 oct. 2008, n° 07-17.662, *Procédures* n° 1, Janvier 2009, comm. 22.

SIZAIRE D., note sous Cass. 3e civ., 18 janv. 2006, n° 05-14.971, FS P+B, SNC Marignan Habitat c/ Crouzin et a. : Juris-Data n° 2006-031688, *Construction - Urbanisme* n° 3, Mars 2006, comm. 59.

TERRE F., LEQUETTE Y., note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1991, n° 89-20.999, *GACIV*, 12^e édition 2008, p. 137.

VIAL-PEDROLETTI B., note sous CA Douai, 3e ch., 5 sept. 2013, n° 13/765 et 12/06289, Dafri c/ Partenord Habitat OPAC : JurisData n° 2013-018785, *Loyers et Copropriété* n° 1, Janvier 2014, comm.

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENT	ii
DÉDICACES.....	iii
REMERCIEMENTS	iv
PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS	v
RÉSUMÉ.....	viii
ABSTRACT	ix
SOMMAIRE	x
ÉPIGRAPHE	xi
INTRODUCTION GENERALE	1
PREMIERE PARTIE : LE CONTOURNEMENT ENVISAGÉ DU JUGE PAR LA CLAUSE RÉSOLUTOIRE	26
TITRE I : LE CONTOURNEMENT RECHERCHÉ DU JUGE PAR LA STIPULATION D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE	28
CHAPITRE I : LA RECHERCHE DE LA RÉDUCTION DES POUVOIRS DU JUGE PAR L'INSERTION D'UNE CLAUSE RÉSOLUTOIRE DANS LE CONTRAT.....	30
SECTION I- Les mécanismes de rupture unilatérale entraînant la réduction des pouvoirs du juge	31
PI- La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par la clause pénale	32
A- L'admission réservée de la modération judiciaire dans la clause pénale	32
B- Le domaine de la modération judiciaire dans la clause pénale	35
P II – La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par les autres mécanismes voisins à la clause résolutoire	37
A-La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par la clause de nullité conventionnelle	37
1-La validité de la clause de nullité conventionnelle.....	38
2-L'impact réservé des clauses de nullité conventionnelle sur les pouvoirs du juge	40

B- La recherche de la réduction des pouvoirs du juge par les modalités de l'obligation contractuelle	41
1-L'impact de la condition résolutoire sur les pouvoirs du juge	41
2-L'impact du terme extinctif sur les pouvoirs du juge	43
SECTION II- La spécificité de l'emprise de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge	44
P I- La réalité de l'emprise de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge	45
A- Les mutations de l'influence de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge	45
B- L'efficacité du contournement de l'office du juge par la clause résolutoire	48
PII- L'emprise spécifique de la force obligatoire de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge	51
A- L'interdiction faite au juge de modifier le teneur d'une clause résolutoire.....	51
B- L'interdiction faite au juge de subordonner l'acquisition de la clause résolutoire à une condition non prévue par les parties.....	54
Conclusion du chapitre I	58
CHAPITRE II : LA RECHERCHE DE L'ÉVICTION DU JUGE PAR L'INSERTION DE LA CLAUSE RÉOLUTOIRE DANS LE CONTRAT.....	59
SECTION I- L'éviction du juge du fait de la source de la clause résolutoire.....	60
PI- La certitude de la source conventionnelle de la clause résolutoire	61
A- La clause résolutoire : fruit de la volonté des parties	61
1- La nécessité d'un consentement valable des parties.....	61
2- La sanction de l'absence de consentement	62
B- L'impact de l'acceptation de la clause résolutoire sur les pouvoirs du juge	64
P II - La certitude de l'exclusion du juge lors de la rédaction de la clause résolutoire.....	66
A- L'exclusion du juge : critère de la clause résolutoire	67
1- La rédaction de la clause résolutoire par les parties	67
2- Le refus des parties de l'appréciation judiciaire des conséquences de la clause résolutoire.....	69
B- Les finalités de l'éviction du juge de la clause résolutoire	71
1- Le contournement de l'office du juge.....	72

2- La garantie du respect des engagements contractuels	74
SECTION II- L'éviction du juge du fait des caractères de la clause résolutoire	76
PI- L'éviction du juge du fait du caractère automatique de la clause résolutoire..	76
A- L'efficacité du caractère automatique de la clause résolutoire.....	77
B- La critique du caractère automatique de la clause résolutoire.	79
PII- L'éviction du juge du fait du caractère comminatoire de la clause résolutoire	81
A- Le sens du caractère comminatoire de la clause résolutoire.....	82
1- La reconnaissance traditionnelle du caractère comminatoire de la clause résolutoire.....	82
2- Les déviations du caractère comminatoire de la clause résolutoire	85
B- La portée du caractère comminatoire de la clause résolutoire à l'égard du juge	86
Conclusion du Chapitre II	88
Conclusion du titre I.....	89
TITRE II : LE CONTOURNEMENT RECHERCHÉ DU JUGE DANS LE MÉCANISME DE LA CLAUSE RESOLUTOIRE	91
CHAPITRE I : LA RECHERCHE DU CONTRÔLE DE L'APPRÉCIATION JUDICIAIRE DE LA CLAUSE RÉOLUTOIRE	93
SECTION I- La recherche du contrôle de la qualification judiciaire de la clause résolutoire	94
PI- Le choix de la qualification de la clause résolutoire par les parties.....	95
A- L'orientation de la qualification du juge par les parties	96
1- Les conditions de l'acceptation de la qualification des parties par le juge	97
2- Le domaine de l'orientation de la qualification des parties sur les pouvoirs du juge.....	99
B- Les incidences de l'orientation de la qualification judiciaire	102
PII- Le juge et la qualification choisie par les parties.....	105
A- La réalité de l'incertitude de la qualification du juge	105
B- L'accueil judiciaire du contrôle de la qualification	107
SECTION II- La recherche du contrôle du pouvoir d'interprétation.....	110

PI- Le contournement de l'interprétation judiciaire par rédaction univoque de la clause résolutoire.....	111
A- Les exigences relatives à la rédaction univoque de la clause résolutoire	111
1- La rédaction d'un contenu précis de la clause résolutoire.....	112
2- L'insertion de clauses de définition dans le contrat	115
B- La délimitation précise du champ d'application de la clause résolutoire	117
1- L'identification précise des obligations dont l'inexécution est sanctionnée ...	117
2- La spécification de la possibilité de sanction d'une obligation quelconque du contrat.....	119
PII- Le contournement de l'interprétation judiciaire par le choix de la méthode d'interprétation de la clause résolutoire	120
A- Le contournement de certaines règles jurisprudentielles et légales d'interprétation.....	120
1- L'éviction de l'interprétation du contrat à la lumière des usages.....	121
2- La refus de l'interprétation de la clause résolutoire en défaveur d'une partie	122
B- Le contournement de l'interprétation judiciaire par la création des procédés particuliers d'interprétation.....	123
1-Typologie de clauses d'interprétation.....	124
2-L'efficacité des clauses d'interprétations	125
Conclusion chapitre I	126
CHAPITRE II : LES RECHERCHE DU CONTRÔLE DES POUVOIRS DU JUGE DANS L'HYPOTHÈSE DE L'INEXECUTION DU CONTRAT	127
SECTION I- L'encadrement de la sanction de l'inexécution du contrat	129
PI- L'éviction de principe du juge de l'acquisition de la résolution	129
A- L'identification du juge dont l'éviction est recherchée	130
1- La compétence du juge des référés en matière de clause résolutoire	130
2- La compétence du juge de l'exécution en matière de clause résolutoire.....	134
B- La réduction du rôle du juge dans le contentieux de la clause résolutoire	135
PII- La proscription du pouvoir d'appréciation du juge	137
A- L'acquisition de la résolution du contrat en dehors de toute intervention du juge	138

1- L'acquisition d'office de l'anéantissement du contrat	138
2- La constatation de l'acquisition de la clause résolutoire par le juge.	139
B- Le rôle régulateur du juge dans la résolution du fait d'une clause résolutoire	140
1- La vérification de l'illicéité de l'inexécution.....	140
2- La vérification de l'imputabilité de l'inexécution	142
SECTION II- L'encadrement des hypothèses d'octroi de délai de grâce par le juge	
.....	143
PI- Les conditions d'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause	
résolutoire.....	144
A- Les particularités de l'octroi d'un délai de grâce.....	144
1- Le principe : l'impossibilité d'accorder un délai de grâce en présence d'une	
clause résolutoire acquise.....	145
2- L'exception : la possibilité d'octroi d'un délai de grâce en présence d'une	
clause résolutoire non acquise.....	149
B- Les conditions de l'octroi d'un délai de grâce en présence clause résolutoire.	
.....	151
PII- Les effets de l'octroi d'un délai de grâce en présence d'une clause résolutoire	
.....	156
A- Le maintien du lien contractuel	156
B- L'interruption des effets de la clause résolutoire.	158
Conclusion chapitre II.....	160
Conclusion Titre II	161
Conclusion première partie	162
PARTIE II- LE CONTOURNEMENT IMPOSSIBLE DU JUGE PAR LA	
CLAUSE RÉOLUTOIRE	164
TITRE I- LES FONDEMENTS DE L'INTERVENTION DU JUGE EN	
PRÉSENCE D'UNE CLAUSE RÉOLUTOIRE	167
CHAPITRE I- L'INTERVENTION FONDÉE SUR LA MISSION	
PROTECTRICE DU JUGE	169
Section 1- La protection fondée sur la préservation du lien contractuel.....	171
P I- Les objectifs de la protection du lien contractuel	171

A- La protection du lien contractuel contre les clauses résolutoires abusives.....	172
1- La notion de clause résolutoire abusive.....	172
2 – Les pouvoirs du juge face à la clause résolutoire abusive	175
B- La garantie de la sécurité juridique par la protection du lien contractuel	177
P II- La protection du lien contractuel en raison de la menace de disparition du contrat.....	179
A- La protection du lien contractuel en vue d’assurer sa pérennité.....	180
1- La réticence de la constatation de l’acquisition de la clause résolutoire par le juge	180
2- Les justificatifs de la réticence du juge contre les effets de la clause résolutoire.	182
B- Les autres instruments de protection du lien contractuel en présence d’une clause résolutoire.....	184
1- La limitation des effets de la clause résolutoire.....	184
2- L’octroi d’un délai de grâce.....	186
SECTION II- La protection fondée sur la préservation de la partie faible au contrat	188
P-I- Le juge et la protection du débiteur contre les clauses résolutoires	188
A- Les manifestations de la protection du débiteur contre la clause résolutoire .	189
B- Les effets de la protection du débiteur contre la clause résolutoire	190
P-II- Le rééquilibrage des prestations contractuelles en présence d’une clause résolutoire.....	192
A- Les manifestations du déséquilibre causé par la clause résolutoire.....	192
1- L’inaptitude à la négociation du débiteur du fait de sa dépendance économique	192
2- L’absence de réciprocité dans l’initiative de la rupture du contrat.....	195
B- La restauration de l’équilibre contractuel par le juge	196
Conclusion chapitre I	199
CHAPITRE-II L’INTERVENTION FONDÉE SUR LA MISSION MORALISATRICE DU JUGE.....	200
SECTION I : Le contrôle de la moralité des parties	202

PI- Le contrôle de la bonne foi par le juge en présence d'une clause résolutoire	203
A- La bonne foi du créancier	203
1- L'évolution du principe de bonne foi dans une clause résolutoire en droit français	204
2- La bonne foi du créancier dans une clause résolutoire en droit camerounais .	207
B- La bonne foi du débiteur	208
1- L'indifférence de la bonne foi du débiteur sur l'acquisition de la clause résolutoire.....	209
2- La prise en compte possible de la bonne foi du débiteur par le juge.....	211
P II : La caractérisation de la mauvaise foi en présence d'une clause résolutoire	214
A- La mauvaise foi du créancier	215
1- Le lien de causalité entre la mauvaise foi du créancier et l'inexécution du débiteur.....	215
2- L'incompatibilité entre comportement du créancier le fait de se prévaloir de la clause résolutoire.....	217
B- La mauvaise foi du débiteur.....	219
SECTION II : La sanction de la mauvaise foi du créancier par le juge.....	220
PI - La neutralisation des effets de la clause résolutoire.....	221
A- La paralysie de l'exercice du droit contractuel.....	221
B- La suspension des effets de la clause résolutoire.....	224
1- Le sens de la suspension des effets de la clause résolutoire.....	224
2- La suspension des effets de la clause résolutoire par l'octroi d'un délai de grâce	226
P II- La neutralisation de la clause résolutoire	228
A- La clause résolutoire réputée non écrite	228
B- La nullité de la clause résolutoire	230
Conclusion chapitre II.....	233
TITRE II- L'ÉTENDUE DE L'INTERVENTION DU JUGE EN PRÉSENCE D'UNE CLAUSE RÉVOLUTOIRE.....	234
CHAPITRE I : L'EXAMEN DES EXIGENCES RELATIVES À LA RÉDACTION DE LA CLAUSE RÉVOLUTOIRE	236

SECTION I- Le contrôle de la qualité rédactionnelle de la clause résolutoire	238
Paragraphe I- Le lien de causalité entre l’ambiguïté de la rédaction et l’intervention du juge	239
A - L’ambiguïté de la rédaction, source du pouvoir d’appréciation du juge	239
1- La clause résolutoire mal rédigée	239
2- Le rôle du juge dans la clause résolutoire ambiguë	242
B - L’ambiguïté de la rédaction, source d’inefficacité de la clause résolutoire...	243
P II- La nécessité d’une rédaction explicite de la clause résolutoire	246
A- La matérialisation de la rédaction explicite de la clause résolutoire	246
B- L’influence d’une rédaction explicite sur la clause résolutoire	248
SECTION II : Le contrôle de la précision de la clause résolutoire	250
PI : La teneur du contrôle de la précision de la clause résolutoire	250
A- Le contrôle de la précision de l’identification des obligations pesant sur le débiteur	251
B- Le contrôle de la précision des modalités de la rupture du contrat	253
P II- La sanction de l’imprécision de la clause résolutoire	255
A- La nullité : sanction de la mauvaise rédaction de la clause résolutoire	255
B- Le juge et l’application de la nullité de la clause résolutoire mal rédigée	257
Conclusion chapitre 1	259
CHAPITRE II- LE CONTRÔLE DE LA MISE EN DEMEURE	260
SECTION I- Le contrôle des formalités de la mise en demeure par le juge	262
PI- Le contrôle de la réalité de la mise en demeure préalable du débiteur	263
A- La reconnaissance du pouvoir de vérification du délai de la mise en demeure	264
1- La nécessité de l’octroi d’un délai par la mise en demeure en France	264
2- La durée du délai exigé pour la mise en demeure en droit OHADA	267
B- Les exceptions au pouvoir de vérification du juge	270
1- La dispense de la mise en demeure du fait de la volonté des parties	270
2- La dispense de la mise en demeure du fait de la force majeure	273
P II- Le contrôle de la précision de la mise en demeure par le juge	275

A- Les modalités de la mise en demeure	276
B- Le contrôle des mentions de la mise en demeure.....	278
SECTION II : Les effets du contrôle de la mise en demeure.....	281
PI- Les conséquences du contrôle d'une mise en demeure irrégulière.....	281
A- L'inopposabilité et la nullité de l'acte de mise en demeure	282
B- La gestion par le juge de la mise en demeure irrégulière en droit uniforme africain.....	284
PII- Les conséquences du contrôle d'une mise en demeure régulière	286
A- Les effets d'une mise en demeure régulière	286
B- Les conséquences de la persistance de l'inexécution du débiteur	289
Conclusion chapitre 2.....	291
Conclusion Titre 2.....	293
Conclusion de la deuxième partie	294
CONCLUSION GÉNÉRALE	295
INDEX ALPHABETIQUE	299
BIBLIOGRAPHIE	304
TABLE DES MATIÈRES	351

Thèse de Doctorat

Aude DOKA BOURA

Le juge du contrat et la clause résolutoire

The contract judge and the resolatory clause

Résumé

Les parties, en insérant une clause résolutoire dans leur contrat peuvent exercer une réelle influence sur les pouvoirs du juge. En réalité au moyen de cette clause, ces parties cherchent à aménager les pouvoirs du juge aussi bien en amont à la conception, qu'en aval dans la mise en œuvre de cette clause. La plupart des pouvoirs du juge peuvent être affectés à des degrés divers par les prévisions des parties. Mais il demeure que les pouvoirs détenus par ces parties en présence d'une clause résolutoire ne sont pas absolus et peuvent présenter à certains moments de réels dangers. En effet, le juge ne fait pas preuve d'une soumission totale aux prévisions des contractants en présence d'une clause résolutoire. Si ce juge a, dans certains domaines de cette clause perdu l'exclusivité, cette exclusivité n'a tout de même pas disparu. *L'imperium* du juge fait parfois concurrence avec celui des contractants pour rappeler ces derniers à l'ordre lorsque cela est nécessaire. Dans ce sens, le juge réagit par exemple en contrôlant, en qualifiant, en interprétant et en constatant l'acquisition de cette clause que les parties ont cru pouvoir mettre à l'abri de son intervention. Cependant, il n'est pas question d'annihiler les attentes des parties en présence d'une clause résolutoire en appelant une intervention sans limite du juge. Mais il s'agit de proposer, en les encourageant, et de façon concrète les voies que le juge peut emprunter pour ressurgir efficacement en présence d'une telle clause, et l'avantage que peut représenter ces interventions pour le contrat pris de façon générale. La finalité recherchée étant de promouvoir une attitude du juge suffisamment conciliatrice aussi bien des intérêts contractuels que généraux

Mots clés

Clause résolutoire, pouvoir modérateur du juge, office du juge, contrat.

Abstract

The parties, by inserting a resolatory clause in their contract, can exert a real influence on the powers of the judge. In fact, by means of this clause, these parties seek to adjust the powers of the judge both upstream to the design and downstream in the implementation of this clause. Most of the judge's powers may be affected to varying degrees by the parties' predictions. But the fact remains that the powers held by these parties in the presence of a resolatory clause are not absolute and may at certain moments present real dangers. Indeed, the judge does not show a total submission to the forecasts of the contractors in the presence of a resolatory clause. If this judge has, in some areas of this clause lost exclusivity, this exclusivity has still not disappeared. The *imperium* of the judge sometimes competes with that of the contractors to call the latter to order when necessary. In this sense, the judge reacts by, for example, controlling, qualifying, interpreting and noting the acquisition of this clause that the parties thought they could protect him from his intervention. However, there is no question of annihilating the expectations of the parties in the presence of a resolatory clause by calling an intervention without limit of the judge. But it is a question of proposing, by encouraging them, and in a concrete way the ways that the judge can borrow to resurface effectively in the presence of such a clause, and the advantage that these interventions can represent for the contract taken generally. The aim is to promote a sufficiently conciliatory attitude of the judge as well as contractual and general interests.

Key Words

Resolatory clause, judge's moderating power, judge's office, contract.