

# 2019-2020

Droit français - Semestre 2

Prof. Noura Boutayeb

## [ LA SANCTION DE L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES ]

CE DOCUMENT EST MIS GRACIEUSEMENT A LA DISPOSITION DES ETUDIANTS.  
TOUTE REPRODUCTION A DES FINS FINANCIERES EXPOSERA SON AUTEUR A DES  
SANCTIONS

# SOMMAIRE

SANCTION DE L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS.....	3
CONTRACTUELLES.....	3
SECTION I.....	4
LA MISE EN DEMEURE .....	4
§ 1- LA NECESSITE DE LA MISE EN DEMEURE.....	4
A. LE PROBLEME.....	4
B. LA SOLUTION DU DOC .....	5
§2- LES FORMES ET LES EFFETS DE LA MISE EN DEMEURE.....	7
A. LES FORMES .....	7
B. LES EFFETS DE LA MISE EN DEMEURE .....	8
SECTION II.....	10
L'EXECUTION DIRECTE OU L'EXECUTION EN NATURE .....	10
§ 1- LE DOMAINE DE L'EXECUTION DIRECTE OU EN NATURE .....	10
A. LES DETTES DE SOMME D'ARGENT .....	10
B. L'OBLIGATION DE LIVRER UN CORPS CERTAIN .....	10
C. LES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE .....	11
§2- LES MOYENS QUI CONDUISENT A L'EXECUTION EN NATURE .....	13
A. LES PROCEDES D'INTIMIDATION .....	13
B. LES PROCEDURES D'EXECUTION.....	19
SECTION III L'EXECUTION PAR EQUIVALENT.....	20
§1- LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE CONTRACTUELLE .....	20
I. LE DOMMAGE OU PREJUDICE .....	20
II. LA FAUTE .....	24
A. LA PLACE DE LA FAUTE DANS LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE.....	24
B. LA GRADATION DES FAUTES.....	25
III. LE LIEN DE CAUSALITE .....	26
IV. L'ABSENCE DE CAUSE D'EXONERATION .....	27
§2 - LES CONVENTIONS CONTRACTUELLES RELATIVES A LA RESPONSABILITE.....	28
A. LES CLAUSES RELATIVES AUX CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE .....	28
B. LES CLAUSES RELATIVES AU MONTANT DE LA REPARATION .....	29
SECTION IV .....	33
LA RESOLUTION DU CONTRAT .....	33
§1- LA RESOLUTION POUR MANQUEMENT DE L'UNE DES PARTIES A SES OBLIGATIONS .....	33
I. LA RESOLUTION JUDICIAIRE .....	33

<b>§2- LA RESOLUTION POUR INEXECUTION DUE A UN CAS DE FORCE MAJEURE (la théorie des risques).....</b>	<b>37</b>
<b>A. POSITION DU PROBLEME .....</b>	<b>37</b>
<b>B. LA SOLUTION DU DOC .....</b>	<b>38</b>

## **SANCTION DE L'INEXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES**

La force obligatoire du contrat implique l'exécution des obligations nées du contrat. Chaque contractant doit fournir la prestation qu'il a promise. Mais les personnes ne respectent pas toujours leurs engagements. Dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir quels sont les moyens dont dispose le créancier insatisfait pour sanctionner la défaillance de son débiteur ?

La première solution qui se présente à l'esprit est celle qui consiste à obliger le débiteur à exécuter en nature la prestation promise. Seulement, cette exécution directe ou en nature n'est pas toujours possible. Aussi, le droit a-t-il prévu l'exécution par équivalent. Il s'agit de dommages et intérêts alloués dans le cadre d'une action en responsabilité civile contractuelle.

Par conséquent, le bénéficiaire d'une obligation contractuelle peut, selon les cas, obtenir l'exécution soit en nature, soit par équivalent.

Par ailleurs, le créancier d'une obligation contractuelle peut faire sanctionner la défaillance de son débiteur en demandant au juge la résolution du contrat pour inexécution.

Qu'il s'agisse de l'exécution en nature, de l'exécution par équivalent ou de la résolution judiciaire pour inexécution, le recours au juge s'impose. Mais le créancier d'une obligation contractuelle peut préférer un moyen plus simple. Il peut sanctionner lui-même la défaillance de son débiteur, en refusant d'exécuter sa propre obligation. C'est l'exception d'inexécution.

En résumé, l'inexécution d'une obligation contractuelle peut être sanctionnée :

- Soit par l'exécution forcée, appelée aussi l'exécution directe ou en nature ;
- Soit par des dommages et intérêts dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle ;
- Soit par une résolution judiciaire du contrat ;
- Soit par l'exception d'inexécution.

Avant d'examiner chacune de ces sanctions, il convient de consacrer une première section à la mise en demeure.

## SECTION I

### LA MISE EN DEMEURE

Le mot demeure vient du latin Mora qui signifie retard.

Le retard dans l'exécution des obligations contractuelles peut être imputable au créancier qui refuse de recevoir la prestation due par le débiteur.

Sans être inexistante, cette situation, régie par les articles 270 ss du DOC, est moins fréquente que le retard apporté par le débiteur à l'exécution de ses obligations. Normalement, les personnes refusent de payer ce qu'elles doivent et non de recevoir ce qui leur est dû. De plus ce chapitre étant consacré à l'inexécution imputable au débiteur, il convient de se limiter à la mise en demeure du débiteur. C'est-à-dire à la sommation qui lui est adressée pour lui demander l'exécution de ses obligations.

L'étude de la mise en demeure soulève un certain nombre de problèmes qui peuvent être rattachés à deux questions fondamentales. La première a trait à la nécessité de la mise en demeure (§1), la seconde aux formes et aux effets de la mise en demeure (§2).

#### § 1- LA NECESSITE DE LA MISE EN DEMEURE

Avant de donner la solution du DOC en cette matière (B), il convient de bien poser le problème (A).

##### **A. LE PROBLEME**

Faut-il, avant d'engager la responsabilité civile du débiteur, lui rappeler son obligation en lui demandant de l'exécuter, c'est-à-dire le mettre en demeure ?

A cette question deux réponses sont convenables :

##### **1. La première est en faveur de la mise en demeure**

Supposant l'existence d'une certaine tolérance dans les rapports contractuels, les tenants de cette thèse exigent que le créancier adresse un avertissement à son débiteur avant de procéder à l'exécution. Ceci suppose, implicitement, que

le créancier est d'accord pour consentir un délai à son débiteur.

Cette thèse, favorable au débiteur, est celle des droits français (art. 1146 C. CIV.) et italien (art. 1219 C. CIV.). Elle est critiquable dans la mesure où elle n'incite pas au respect des délais dans l'exécution des engagements. Le choix de cette solution par le droit français a poussé J. Carbonnier à se demander si la ponctualité était une qualité française.

Cette critique explique la seconde solution.

## **2. La seconde solution n'exige pas la mise en demeure.**

Pour les partisans de cette solution, le débiteur connaissant la date à laquelle il doit exécuter son obligation, n'a pas besoin qu'on la lui rappelle. Et s'il ne s'exécute pas à la date convenue, il est en retard, donc en demeure de plein droit.

C'est également la solution de principe du DOC.

### **B. LA SOLUTION DU DOC**

Deux situations sont à distinguer, selon qu'un terme ait été fixé ou non pour l'exécution de l'obligation.

#### **1. Si un terme a été fixé**

Il y a une solution de principe (a) qui admet des limites (b).

##### **a. La solution de principe**

Empruntée au droit allemand, elle est énoncée par l'article 255 al. 1 du DOC, aux termes duquel « *le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme établi par l'acte constitutif de l'obligation* ».

Donc à la date convenue, le débiteur doit exécuter son obligation. Il n'a pas à attendre qu'on la lui rappelle. Le silence de son créancier après cette date ne doit nullement être interprété comme une prorogation tacite d'échéance.

##### **b. Les limites**

Il arrive que dans certaines matières, la dette soit quérable et non portable. Dans ce cas, même si le terme a été fixé, le débiteur ne sera pas en demeure par la seule arrivée du terme.

Ainsi, en matière de baux, le loyer étant quérable et non portable, le locataire

n'est en demeure justifiant la réalisation du contrat que par une interpellation qui lui est adressée de s'acquitter du loyer (CS, ch. ad 5 nov .1982, Jr Cs n° 32 p.106).

## **2. Si aucun terme n'a été fixé**

Parfois le contrat ne fixe pas l'échéance du paiement ni expressément ni tacitement.

Ainsi, une personne peut prêter à une autre une somme d'argent sans préciser le délai de remboursement. Doit-on, dans ce cas, mettre le débiteur en demeure ou pas ?

Le DOC donne à cette question une réponse de principe (a) à laquelle il apporte des exceptions (b).

### **a. La règle de principe**

Elle est posée par l'art. 255 du code qui dispose : « *si aucune échéance n'est établie, le débiteur n'est constitué en demeure que par une interpellation formelle du représentant légitime de ce dernier* ».

Cette solution est logique ; car on ne peut reprocher à quelqu'un un retard et lui demander une réparation en conséquence alors qu'aucun délai n'a été fixé, ni expressément, ni tacitement, pour l'exécution et qu'en principe la dette est quérable et non portable.

### **b. Les exceptions**

La finalité de la mise en demeure est de rappeler au débiteur la nécessité d'exécuter son obligation et, surtout, de constater par écrit son refus d'honorer ses engagements.

Dès lors, la mise en demeure devient inutile si le débiteur fait lui-même connaître au créancier son refus d'exécuter.

La mise en demeure serait également vaine si l'exécution devenait impossible.

C'est en tenant compte de l'inutilité de la mise en demeure dans ces hypothèses, que l'exigence de cette formalité a été écartée par l'art.256 du DOC, même pour les obligations dont l'échéance n'avait pas été précisée. Ce texte dispose, en effet, que : « *l'interpellation du créancier n'est pas requise* :

*1°- Lorsque le débiteur a refusé formellement d'exécuter son obligation*

## 2°- *Lorsque l'exécution est devenue impossible* »

Comme nous venons de le constater, sur la nécessité de la mise en demeure, le droit marocain a adopté une solution de principe différente de celle du droit français.

Peut-on faire le même constat en ce qui concerne les formes et les effets de la mise en demeure ?

### **§2- LES FORMES ET LES EFFETS DE LA MISE EN DEMEURE.**

La mise en demeure, pour produire ses effets (B), doit présenter certaines conditions de forme (A).

#### **A. LES FORMES**

Il s'agit de savoir quand et où la mise en demeure peut être faite et comment elle peut l'être ? La réponse à la première question est donnée par l'art. 258 du DOC aux termes duquel « *l'interpellation n'a aucun effet, si elle est faite à un moment ou dans un lieu où l'exécution n'est plus due* ».

Quant à la seconde, elle mérite qu'on s'y arrête davantage.

Remarquons, d'abord, que si pour les rédacteurs du code civil français, la mise en demeure est en principe « *une sommation ou un acte équivalent* », les tribunaux se montrent plus souples et moins formalistes. Ils considèrent que la mise en demeure peut être faite par l'envoi d'une lettre recommandée ou même d'une simple lettre, pourvu qu'elle contienne une interpellation suffisante du débiteur et que l'on soit en mesure d'apporter la preuve que la lettre a bien été reçue par ce dernier.

Au Maroc, le DOC précise les énonciations que doit contenir la mise en demeure et les formes qu'elle doit revêtir.

S'agissant des énonciations, la mise en demeure doit demander au débiteur, de façon non équivoque, d'exécuter son obligation dans un délai raisonnable en l'avertissant que passé ce délai, le créancier se réserve le droit de prendre les mesures qu'il juge opportunes pour la protection de ses intérêts, comme l'engagement d'une action judiciaire en vue de demander la résolution du contrat, son exécution forcée ou une réparation. Nous ne pensons pas, cependant, que le créancier soit tenu d'expliquer en détail, au débiteur ce qu'il compte faire. Il peut parfaitement se contenter de lui dire par exemple, qu'il

userait des voies de droit à son égard en cas d'inexécution.

Remarquons que le contenu de la mise en demeure fixé par le DOC a été jugé insuffisant pour assurer la protection de certaines catégories de débiteurs. Aussi, des textes spéciaux, animés par une bienveillance en faveur des intéressés, ont-ils donné une réglementation plus détaillée du contenu de la mise en demeure à adresser.

Quant à la forme, la mise en demeure doit être faite par écrit. Il en résulte que l'interpellation verbale et les visites rendues au débiteur, même prouvées, pour lui demander l'exécution ne sont pas constitutives de la mise en demeure.

Les modalités pour faire parvenir le texte de la mise en demeure au débiteur sont variables.

Le code mentionne le télégramme et la lettre recommandée. Ces deux modalités ne sont citées qu'à titre d'exemple. Rien n'empêche de notifier la mise en demeure par l'intermédiaire du greffe du tribunal de première instance dans les formes prévues par les articles 37, 38 et 39 du code de procédure civile.

Mais peut-on faire une mise en demeure par simple lettre ? A priori rien ne s'y oppose, puisque l'essentiel est d'interpeller le débiteur pour lui demander l'exécution. En réalité, la simple lettre est déconseillée. Elle risque de poser de sérieuses difficultés de preuve. Le créancier n'est pas toujours en mesure d'administrer la preuve de la réception de la lettre par le débiteur ou son représentant.

Le code assimile à la mise en demeure la citation en justice même devant un juge incompétent (art. 255 dernier alinéa). Cette solution est logique car le créancier, en saisissant le juge, manifeste sa volonté d'obtenir l'exécution de la prestation promise ou la sanction de son inexécution.

## **B. LES EFFETS DE LA MISE EN DEMEURE**

La mise en demeure, valablement effectuée, produit des effets importants qui concernent notamment les dommages et intérêts moratoires et le transfert des risques de la perte de la chose.

### **1. Les intérêts moratoires**

Ce sont les intérêts dus par le débiteur en raison du retard dans l'exécution. Or, comme nous l'avons déjà noté, dans le cas où une mise en demeure s'impose, le débiteur ne peut être considéré en retard (en demeure) qu'après une interpellation, lui enjoignant d'exécuter son obligation dans un délai raisonnable, demeurée sans effet. Les intérêts de retard ne courent qu'à compter du jour du refus du débiteur.

## 2. Le transfert des risques

Lorsque l'obligation du débiteur a pour objet la livraison d'un corps certain, la mise en demeure met la chose à ses risques. Cette règle est énoncée par l'art. 266 du DOC aux termes duquel « *le débiteur en demeure répond du cas fortuit et de la force majeure* ».

Par exemple, une personne achète un tableau. Normalement la vente étant un contrat consensuel, l'acheteur devient propriétaire dès l'échange des consentements avant même la livraison. Si le tableau périt par un cas fortuit ou de force majeure, la perte est supportée par l'acheteur, en application de la règle « *res per it domino* ». L'acheteur perd le tableau et le prix, puisqu'il ne peut demander ni la restitution du prix déjà payer au vendeur, ni refuser le paiement du prix, ou de la partie du prix, non encore versé au vendeur.

Mais, cette règle est écartée lorsque le vendeur était déjà en demeure, c'est-à-dire lorsqu'il gardait par devers lui le tableau qui lui avait été réclamé par l'acheteur. Dans ce cas, le vendeur (débiteur en demeure) doit verser à l'acheteur une somme équivalente de la valeur du tableau (valeur que l'acheteur doit prouver) au jour où la livraison aurait dû avoir lieu et ce, même si postérieurement à cette date le cours des tableaux similaires a connu une baisse.

## **SECTION II**

### **L'EXECUTION DIRECTE OU L'EXECUTION EN NATURE**

Logiquement, le meilleur moyen pour donner satisfaction au créancier d'une obligation consiste à contraindre le débiteur à lui fournir la prestation ou à observer l'abstention promise.

Seulement, cette exécution en nature n'est pas toujours possible. Elle a un domaine limité qu'il importe de préciser (§1), avant d'envisager les moyens qui conduisent à l'exécution en nature (§2).

#### **§ 1- LE DOMAINE DE L'EXECUTION DIRECTE OU EN NATURE**

Nous avons déjà vu, dans l'introduction de ce cours, que le droit d'obtenir l'exécution forcée appartenant au créancier est une caractéristique des obligations civiles, qui les distingue des obligations naturelles. Cela n'implique pas, cependant, que le créancier d'une obligation civile puisse toujours en obtenir l'exécution en nature. Une distinction doit être faite à cet égard entre l'obligation de payer une somme d'argent (A), celle de livrer un corps certain (B) et celle de ne pas faire (C).

##### **A. LES DETTES DE SOMME D'ARGENT**

L'exécution en nature des obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent ne soulève pas d'objection. Le créancier impayé peut s'adresser à la justice pour faire saisir les biens de son débiteur, les faire vendre et se payer sur le produit de la vente.

##### **B. L'OBLIGATION DE LIVRER UN CORPS CERTAIN**

Elle peut être exécutée par la force. Par exemple, l'acheteur d'une chose peut contraindre le vendeur à lui livrer cette chose au besoin avec l'appui de la force publique (*manu militari*).

## **C. LES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE**

Pour mieux comprendre les solutions du droit positif (2), il convient de rappeler, sommairement, les données du problème (1).

### **1. Les données du problème**

Doit-on permettre l'exécution forcée des obligations « de faire » ou de « ne pas faire » ? Peut-on, par exemple, contraindre un architecte récalcitrant à établir les plans d'une maison qu'il a promis de faire ? Un médecin à réaliser l'intervention promise ?

A priori, nous serions tentés de répondre par l'affirmative, car seule l'exécution en nature (forcée dans notre exemple) procure au créancier satisfaction. Le client de l'architecte, par exemple, qui a très probablement contracté avec ce professionnel en raison de sa compétence et de sa notoriété ne devrait-il pas logiquement être fondé à demander au juge de contraindre l'architecte à faire le travail promis ?

En réalité, la question est très délicate.

L'exécution forcée, présentée comme conforme aux intérêts du créancier, peut ne pas l'être en fait, étant donnée les risques d'une exécution défectueuse de la part d'un débiteur matériellement contraint.

De plus, l'exécution forcée suppose une contrainte directe sur la personne du débiteur, ce qui va à l'encontre des idées en matière de liberté et de dignité humaines. L'obligation étant conçue, de nos jours, plus comme un rapport entre deux patrimoines que comme un rapport entre deux personnes, l'exercice de la contrainte sur la personne du débiteur pour l'amener à honorer ses engagements semble difficilement défendable.

Ces différentes considérations éclairent les solutions du droit positif.

### **2. Les solutions du droit positif**

Pour satisfaire les intérêts en présence, le DOC a posé une solution de principe à laquelle il a apporté des exceptions.

#### **a. La solution de principe**

Elle est énoncée par l'art 261 aux termes duquel « *l'obligation de faire se résout en dommages intérêts en cas d'inexécution ...* ».

Cette solution s'explique par le souci de ne pas porter atteinte à la personne du

débiteur. Aussi connaît-elle des exceptions chaque fois que l'exécution en nature ne fait pas intervenir la personne du débiteur.

## **b. Les exceptions**

Elles sont prévues par les arts 261 et 262 du DOC

Le premier de ces textes donne au bénéficiaire d'une obligation de faire, dont l'accomplissement n'exige pas l'action personnelle du débiteur, le droit de s'adresser au juge pour obtenir l'autorisation de faire exécuter la prestation promise aux frais du débiteur. Par exemple, si un entrepreneur ne réalise pas la construction de la maison promise, son créancier peut se faire autoriser par la justice à construire cette maison aux frais du débiteur.

Quant à l'art. 262, il permet au créancier d'une obligation de ne pas faire de se faire autoriser par la justice à supprimer aux frais du débiteur ce qui a été en violation de l'engagement. Par exemple, lorsque le vendeur d'un fonds de commerce ne respecte pas l'obligation de non-concurrence et s'installe dans des conditions susceptibles de concurrencer le cessionnaire, celui-ci peut s'adresser au juge pour faire cesser la concurrence dont il est victime, au besoin, par la fermeture de l'établissement ouvert en violation des obligations nées du contrat.

En conclusion, et contrairement à ce qu'une lecture rapide des art 261 et 262 pourrait laisser croire, le DOC ne laisse pas au juge le choix entre la contrainte du débiteur à l'accomplissement de l'action ou à l'observation de l'abstention dont il est tenu et l'allocation de dommages et intérêts. Le débiteur d'une obligation « de faire » ou de « ne pas faire » n'est pas tenu à une obligation alternative : faire l'action ou observer l'abstention ou payer une somme d'argent à la place. Le débiteur doit exécuter la prestation promise en nature et les dommages et intérêts (exécution par équivalent) ne remplacent l'exécution en nature que dans le cas où celle-ci se heurte à une impossibilité matérielle ou morale. D'ailleurs, la jurisprudence a toujours proclamé « *la prééminence de l'exécution en nature sur l'allocation pure et simple de dommages- intérêts* » (F. EL BACHA, op. cit p.14). Ainsi, il a été jugé que le demandeur qui requiert l'exécution directe doit « *obtenir une satisfaction, et c'est arbitrairement que d'office le juge la convertit en une somme allouée à titre de dommages et intérêts* » (CAR, 31 janv.1928, RACAR 1927- 28 p.288-289. dans le même sens CAR, 25 mars 1925, RACAR 1925-26 p.202).

Cette solution nuancée s'efforce de ménager les intérêts du débiteur et ceux du créancier en ce qui concerne le domaine de l'exécution en nature.

Ce souci de concilier les impératifs contradictoires se rencontre-t-il dans la réglementation des moyens qui conduisent l'exécution en nature ?

## **§2- LES MOYENS QUI CONDUISENT A L'EXECUTION EN NATURE**

Ces moyens sont de deux sortes : les procédés d'intimidation, d'une part (A) et les procédés d'exécution, d'autre part (B).

### **A. LES PROCEDES D'INTIMIDATION**

Ce sont des moyens qui font pression sur le débiteur de mauvaise foi pour l'amener à exécuter ses obligations. Ces moyens peuvent être publics (1) ou privés (2).

#### **1. Les moyens publics**

Il s'agit de la menace de la sanction pénale (a), de l'astreinte (b) et de la contrainte par corps (c).

##### **a. La menace de la sanction pénale**

Le droit pénal n'intervient pas seulement lors de la formation du contrat pour réprimer certains comportements particulièrement malhonnêtes, comme nous l'avons déjà vu, mais aussi au moment de l'exécution.

Ainsi, celui qui s'étant fait remettre des avances en vue de l'exécution d'un contrat, refuse, sans motif légitime, d'exécuter ce contrat ou de rembourser ces avances est punissable pénalement. A cet égard, il a été jugé que le refus d'exécution ne suffit pas pour que le délit soit constitué. Il faut aussi établir le refus de restitution des sommes perçues à l'avance pour l'exécution du contrat (CS, ch. 2 oct 1984, Jr CS n°37-38 p253).

De même l'exécution du contrat peut donner lieu à des comportements punissables pénalement.

Il peut s'agir de comportements volontaires. Par exemple, le contractant peut détourner ou dissiper la chose qui lui a été remise dans le cadre de l'exécution du contrat.

Mais le comportement peut être involontaire et résulter d'une simple imprudence ou négligence, comme l'esthéticienne qui, appliquant à sa cliente un traitement pour la rendre plus belle, la défigure.

Par ailleurs celui qui se rend volontairement insolvable pour mettre ses créanciers dans l'impossibilité de récupérer leur dû s'expose parfois à des sanctions pénales (banqueroute frauduleuse).

## **b. L'astreinte**

Lorsque le juge condamne une personne à se libérer de son obligation, il peut assortir son injonction d'une astreinte, c'est-à-dire préciser qu'à partir d'une date fixée par le juge le débiteur récalcitrant devra payer telle somme pour chaque jour, chaque semaine ou chaque mois de retard d'exécution.

Par exemple, le juge ordonnant l'expulsion d'un locataire peut préciser que celui-ci devra au propriétaire 500 DH par jour de retard tant qu'il n'aura pas quitté les lieux.

L'astreinte peut être envisagée :

- Soit comme une réparation allouée au créancier pour compenser le préjudice subi par suite du retard dans l'exécution ;
- Soit comme un moyen de coercition dont dispose le juge pour contraindre le débiteur à s'exécuter. Logiquement, dans cette conception le juge peut prononcer l'astreinte d'office et d'individualiser (au même titre que toute autre sanction) en tenant compte du degré de résistance du débiteur, de sa situation.

Cette deuxième conception, conforme à la nature de l'institution, est celle du droit marocain quoique l'incertitude soit grande dans les décisions judiciaires. Ainsi, il a été jugé qu'encourt la cassation, pour insuffisance de motifs, le jugement qui, liquidant une astreinte prononcée par ordonnance de référé n'a pas précisé les éléments du préjudice pris en considération pour apprécier les réparations.

Puisque l'astreinte est une mesure destinée à inciter le débiteur à exécuter l'ordre du juge, le problème de son champ d'application se retrouve posé.

Lorsque l'injonction du juge concerne une obligation de faire ou de ne pas faire, le droit du juge de prononcer une astreinte ne fait aucun doute. Il est consacré par l'art. 448 du code de procédure civile.

En revanche, lorsque l'injonction concerne le paiement d'une somme d'argent, le problème devient discutable. Sans doute certaines décisions de justice ont-elles prononcé une astreinte dans ce cas en s'appuyant sur le terme de l'art. 193 du code du procédure civile (voir TPI SALE, 11 janv.1982, doss.81/1183, TPI Rabat, 2 mars 1983, doss.82/1705/10 décisions non publiées citées par A. ESSERKASSI, la contrainte par corps en matière civile, Mem. DES. Droit privé,

Rabat.1985 p96). Mais cette solution a été critiquée.

### **c. La contrainte par corps**

« La contrainte par corps est le droit pour le créancier de faire emprisonner son débiteur récalcitrant pour le forcer à l'exécution » (Marty et Raynaud, T.II vol. I, les obligations. Sirey.1962 n°665).

Cette institution est très controversée. Il convient donc de rappeler la controverse doctrinale qu'elle a suscitée, avant de préciser l'attitude du droit marocain.

La controverse doctrinale à propos de la contrainte par corps.

Si les partisans et les adversaires de la contrainte par corps ne manquent pas d'arguments, ce sont les seconds qui ont fini par l'emporter dans la plupart des législations étrangères.

**Les partisans** : ils considèrent que l'emprisonnement du débiteur constitue un moyen efficace pour le contraindre à exécuter ses obligations. La peur d'être privé de sa liberté inciterait le débiteur à honorer ses engagements.

Pour ses partisans, cette institution serait d'autant plus efficace que les débiteurs malhonnêtes, en se rendant artificiellement insolvables, paralysent les mesures d'exécution sur les biens. Contre les débiteurs de mauvaise foi, qui dissimulent leurs biens et empêchent leurs créanciers de les saisir, seule la menace de la prison serait efficace.

Les partisans de la contrainte par corps ne nient pas son caractère attentatoire à la liberté individuelle, mais ils estiment que cette atteinte est nécessaire et assure la sécurité des transactions.

Pour eux, il n'y aurait pas de raison de sacrifier les droits des créanciers au recouvrement de ce qui leur est dû pour sauvegarder la liberté du débiteur.

A ces arguments d'ordre général, titres de l'utilité de l'institution, certains auteurs au Maroc ajoutent un autre. La contrainte serait, directement, issue de l'institution musulmane « Habs el madine ».

Ces arguments n'ont pas emporté l'adhésion des adversaires de la contrainte par corps.

**Les adversaires** : ils considèrent cette institution comme anachronique, injuste et inutile.

D'abord, la contrainte par corps est incompatible avec la notion moderne d'obligation. La prison pour dette fait la référence à une conception rétrograde du rapport obligatoire. En effet, dans certaines civilisations, notamment chez les

romains, le créancier avait droit sur la personne de son débiteur. Le créancier pouvait en cas de non-paiement, saisir la personne de son débiteur pour le vendre, le faire travailler chez lui ou même le mettre à mort. Actuellement, le rapport d'obligation est plus un rapport entre patrimoines qu'un rapport entre personnes. Dès lors, la contrainte par corps doit être supprimée. Les moyens d'exécution sur les biens suffisent pour permettre au créancier de recouvrer ce qui lui est dû.

Ensuite, la contrainte par corps heurte les idées modernes relatives à la liberté et à la dignité humaine. Il est, de nos jours, choquant d'attacher aux intérêts pécuniaires du créancier plus d'importance qu'à la liberté du débiteur. D'ailleurs l'art. 11 du «*pacte international relatif aux droits civils et politiques*» signé à New York le 16 déc. 1966 et ratifié par le Maroc le 3 mai 1979 prohibe la contrainte par corps en matière civile en disposant que «*nul ne peut être emprisonné pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle* ».

Quant à l'injustice de la contrainte par corps on la constate à travers le fait qu'elle s'applique surtout aux débiteurs de condition modeste qui, même avec la menace de la prison, ne parviennent pas à se procurer de quoi honorer leurs engagements. La contrainte par corps touche essentiellement ceux qui ne peuvent, ni personnellement, ni par le jeu de solidarité familiale, payer leurs dettes les personnes aisées ou appartenant à une famille aisée, ne subissent pas la contrainte par corps. Celle-ci apparaît, de ce fait, comme une institution de classe.

Anachronique et injuste, la contrainte par corps est, pour ses adversaires, également inutile et ce pour des raisons aussi bien juridiques que pratiques.

Sur le plan juridique, le droit civil offre aux créanciers une panoplie de mesures pour lutter contre les appauvrissements volontaires de leurs débiteurs (action paulienne, saisies conservatoires) et les contraindre à exécuter leurs engagements (astreinte, saisies exécution). Ces mesures rendent superflus la contrainte par corps.

Ceci est d'autant plus vrai que la pratique montre que les procédures de la contrainte par corps engagées sont d'une efficacité très limitée.

Ainsi, le nombre des débiteurs effectivement emprisonnés est très faible (voir ESSERKASSI, op.cit.106 ss).

De même, la menace de la prison n'aboutit au paiement effectif que dans un cas sur trois environ (op. cit. p 107).

En outre, la moitié environ des procédures de contrainte par corps engagées

demeurent sans exécution, en raison de la corruption et du mauvais fonctionnement des services concernés (Justice, police) (op. cit.).

Reste l'argument tiré de la conformité de la contrainte par corps au droit musulman. Là aussi, les adversaires de la contrainte par corps ne sont pas sans réplique. Ils ont montré qu'il y a une différence entre la contrainte par corps et l'institution musulmane de « *habs-el madine* » (op.cit. p. 7 ss).

Ces différentes objections expliquent l'attitude de la plupart des législations à l'égard de la contrainte par corps. Celle-ci a été abandonnée, en matière civile et commerciale, depuis longtemps par de nombreuses législations étrangères. C'est le cas notamment en France et en Angleterre où la contrainte par corps a été supprimée en 1867 et 1869.

Telle n'est pas l'attitude du droit marocain.

### **L'attitude du droit marocain**

Pendant la période coloniale, la contrainte par corps n'existait qu'en matière pénale. Les dettes civiles et commerciales ne pouvaient donner lieu à la contrainte par corps, tout au moins devant les tribunaux français.

Ce n'est qu'en 1961, qu'un texte a été publié pour étendre la contrainte par corps aux dettes civiles et commerciales. Il s'agit du dahir du 20 Février 1961.

La contrainte par corps, telle qu'elle résulte de ce texte et des dispositions des art. 675 à 687 du C.P.P. présente des caractères qu'il convient de rappeler pour ne pas la confondre avec d'autres institutions.

D'abord, elle a un domaine limité aux obligations relatives au paiement d'une somme d'argent. Un jugement condamnant une personne à faire un acte positif ou à observer une abstention ne peut faire jouer la contrainte par corps, car comme nous l'avons déjà vu, les obligations de faire ou de ne pas faire sont insusceptibles d'exécution forcée lorsque celles-ci impliquent une contrainte physique sur la personne du débiteur.

Par ailleurs, pour les dettes civiles et commerciales, la contrainte par corps n'est prononcée qu'à la demande du créancier, contrairement à la matière pénale, où elle est prononcée d'office par le juge. La contrainte par corps doit être sollicitée par le créancier ; étant entendu que le juge n'est pas tenu d'accéder à cette demande. Il peut refuser la contrainte par corps (art. I du dahir 20 févr.1961), mais, un refus non motivé est susceptible de recours.

La contrainte par corps a un caractère subsidiaire : elle ne s'exerce qu'autant que l'exécution sur les biens n'a pas permis de désintéresser le créancier.

Le créancier, à qui une contrainte par corps a été accordée, peut y renoncer, même en cours d'exécution. Il peut, à n'importe quel moment mettre fin à

l'emprisonnement de son débiteur (art. 685 C.P.P.).

Il importe de bien préciser que, contrairement à une idée largement répandue dans le public, la contrainte par corps n'est qu'une mesure d'intimidation et non d'exécution. Celui qui subit la contrainte par corps ne se trouve pas libéré de sa dette. Celle-ci subsiste. Le débiteur, ayant exécuté une contrainte par corps, pourra parfaitement être poursuivi sur ses biens s'il revient à une meilleure fortune.

La contrainte par corps ne peut être exercée contre certaines personnes soit en raison de leur âge (mineurs de 16 ans et moins, personnes âgées de 65 ans et plus) soit en considération des intérêts de la famille (un débiteur ne peut faire l'objet d'une contrainte par corps à la demande des membres de sa famille, le mari et la femme ne peuvent être incarcérés simultanément même pour des dettes différentes).

La loi a fixé, en fonction de l'importance de la dette, une durée minimum et une durée maximum en laissant au juge le pouvoir de déterminer dans chaque cas la durée de la contrainte entre ces deux limites ; étant entendu que la durée est réduite de moitié pour le débiteur qui justifie de son insolvabilité.

## **2. Les moyens privés**

Il s'agit de l'exception d'inexécution et du droit de rétention. Comme nous aurons l'occasion de revenir, à la fin de ce chapitre, sur l'exception d'inexécution nous nous limiterons, ici, au droit de rétention. Celui-ci peut être défini comme la prérogative reconnue au créancier de retenir une chose appartenant à son débiteur jusqu'au complet paiement de ce que lui est dû.

Par exemple, un garagiste peut retenir la voiture de son client jusqu'au règlement de la facture de réparation.

L'utilité de droit de rétention est incontestable pour le créancier, car non seulement il lui permet d'exercer une pression sur le débiteur pour l'amener à exécuter mais lui offre un véritable privilège sur la chose retenue. Le créancier qui exerce le droit de rétention échappe au concours des autres créanciers du débiteur et ne subit donc pas les conséquences de l'insolvabilité de celui-ci.

En dépit de ses avantages pour le créancier, le droit de rétention n'a pas fait l'objet d'une réglementation d'ensemble dans le code civil français. Celui-ci ne l'a consacré que dans certains cas particuliers (voir notamment les articles 867, 1749, 1948...).

Le D.O.C. a eu le mérite de consacrer au droit de rétention des dispositions de portée générale, en l'occurrence les articles 291 à 305, qui en précisent le

domaine et les conditions d'exercices, éliminant ainsi la controverse, que connaît le droit français, quant à certains aspects de cette institution.

## **B. LES PROCEDURES D'EXECUTION**

Il s'agit des **saisies- exécutions**. C'est un procédé qui permet au créancier de s'adresser à la justice pour saisir les biens de son débiteur et les faire vendre aux enchères publiques afin de se payer sur le prix.

Les saisies- exécutions sont mobilières ou immobilières, selon qu'elles portent sur les meubles ou les immeubles du débiteur.

Mais, quel que soit leur objet, ces saisies supposent un titre exécutoire.

Remarquons, qu'en cas de pluralité de créanciers saisissants, ces derniers ne peuvent obtenir une totale satisfaction que dans la mesure où le produit de la saisie est égal ou supérieur au montant de leurs créances. A défaut, chacun ne recevra qu'un pourcentage de sa créance. On dit que les créanciers sont payés au marc le franc. Le créancier qui prend l'initiative de la saisie n'a pas, tant que tel, plus de droit que les autres créanciers. Sa démarche profite à l'ensemble des créanciers sans distinction.

Les saisies exécutions telles qu'elles viennent d'être définies doivent être soigneusement distinguées des saisies conservatoires. Celles-ci, comme leur nom l'indique, sont des mesures destinées à conserver le patrimoine du débiteur, en empêchant la sortie de certains biens de ce patrimoine.

Les saisies conservatoires sont nombreuses ; car à côté de la saisie conservatoire générale (art 452 ss C.P.C.), il y a des saisies conservatoires spéciales, comme la saisie-gagerie pour les obligations du preneur à bail (art. 497 C.P.C. et art 684 D.O.C.), la saisie-arrêt (488 C.P.C.) qui permet au créancier de bloquer les créances de son débiteur entre les mains d'un tiers. Par exemple, le vendeur d'un appareil électroménager impayé peut saisir-arrêter par l'employeur une partie du salaire de l'acheteur pour ce faire payer.

Les saisies permettent une exécution en nature non seulement des sommes d'argent mais aussi des obligations de livrer un corps certain. Ainsi, l'acheteur d'une chose qui ne la reçoit pas à la date convenue peut engager une action en revendication et, en attendant l'issue du procès, demander une saisie conservatoire pour éviter la disparition ou la modification de la chose, car comme nous l'avons déjà vu la transformation de la chose rend l'exécution en nature impossible et condamne le créancier à se contenter d'une exécution par équivalent.

## **SECTION III L'EXECUTION PAR EQUIVALENT**

Nous avons vu que le créancier peut ne pas obtenir en nature la prestation qui lui a été promise par le contrat. Dans ce cas, il doit se contenter d'une exécution par équivalent, sous forme de dommages intérêts, alloués à la suite d'une action en responsabilité civile contractuelle.

L'étude de l'exécution par équivalent revient, par conséquent, à celle de la responsabilité civile contractuelle. C'est pourquoi nous allons examiner les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile contractuelle (§1) avant d'envisager les conventions relatives à cette responsabilité (§2).

### **§1- LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE CONTRACTUELLE**

Ces conditions rappellent celles de la responsabilité délictuelle. En effet, il faut non seulement un dommage ou préjudice (I), mais aussi un lien de causalité (III) entre ce dommage et l'inexécution, ainsi que l'absence de cause d'exonération (IV). Cependant, en matière de faute (II), la responsabilité contractuelle présente une certaine originalité.

#### **I. LE DOMMAGE OU PREJUDICE**

L'inexécution (à laquelle il faut assimiler l'exécution tardive, incomplète ou défectueuse) · n'est génératrice de responsabilité civile que dans la mesure où elle entraîne un dommage pour le créancier. Mais quelle est la nature (A) et quels sont les caractères (B) du dommage source de responsabilité.

##### **A. LA NATURE DU DOMMAGE**

La nature du dommage importe peu. Comme en matière délictuelle, le dommage peut être matériel (1) ou moral (2).

##### **1. Le dommage matériel**

On dit, aussi, dommage patrimonial ou pécuniaire. Ce dommage peut revêtir (art

264 DOC) soit la forme d'une perte éprouvée (a), soit celle d'un gain manqué (b).

### **a. La perte éprouvée (le *damnum emergens* - appauvrissement)**

Il s'agit d'une diminution subie par le patrimoine du créancier victime de l'inexécution du contrat.

Par exemple, un garagiste répare mal la voiture d'un client. Celui-ci subit, suite à cette mauvaise réparation, un accident. Dans ce cas, la perte éprouvée est constituée par toutes les dépenses engagées en raison, de cet accident : frais de dépannage, de réparation de la voiture, frais médicaux et pharmaceutiques supportés par le client ...

### **b. Le gain manqué (le *lucrum cessans* - absence d'enrichissement)**

Ici, la victime de l'inexécution manque un enrichissement qu'il aurait dû réaliser si le contrat avait été correctement exécuté.

Ainsi, dans l'exemple précédent, si le client du garagiste a été obligé d'interrompre son activité professionnelle en raison des blessures dont il a été victime lors de l'accident, il peut parfaitement réclamer au garagiste tout ce qu'il aurait pu gagner s'il n'avait pas été empêché par cet accident d'exercer son activité.

## **2. Le dommage moral**

C'est celui qui résulte de l'atteinte à un droit extrapatrimonial. Il existe des variétés très différentes de dommage moral, selon que l'atteinte est portée à l'intégrité corporelle (a), à l'affection (b) ou à un endroit de la personnalité (c).

### **a. L'atteinte à l'intégralité corporelle**

Elle peut revêtir trois formes.

Ainsi, dans l'exemple précédent, les blessures subies ont fait souffrir le client du garagiste. Il a donc droit à demander une indemnité compensatrice des **souffrances physiques**, un prix pour la douleur (le *pretium doloris*).

Toujours dans le même exemple, le client du garagiste peut se voir privé, à la suite de l'accident, des joies de l'existence. C'est le **préjudice d'agrément**. Tel est le cas, notamment, lorsque l'intéressé ne peut plus se livrer au sport, se marier, ...

Enfin l'atteinte à l'intégrité corporelle peut être génératrice d'un **préjudice esthétique**. Dans l'exemple, déjà cité le client du garagiste peut garder, pour le reste de ses jours, des mutilations ou des défigurations qui le font souffrir et pour lesquelles il est fondé à demander une réparation.

### **b. L'atteinte à l'affection (le pretium affectionis)**

Il s'agit du chagrin qu'une personne ressent notamment à la suite de la perte d'un être cher. Supposons, dans l'exemple précédent, que le client du garagiste perde son fils qui se trouvait avec lui dans la voiture au moment de l'accident. Cette perte lui cause un chagrin pour lequel il est autorisé à se demander une compensation.

Le problème s'est posé de savoir si l'atteinte à l'affection peut résulter de la perte ou de la défiguration d'un animal que son maître aime beaucoup. Certaines décisions l'ont admis en France, mais la doctrine y est plutôt hostile.

### **c. L'atteinte à un droit moral de la personnalité**

Les droits de la personnalité sont ceux « *qui visent la garantie et l'épanouissement de la personne elle-même* » (Marty et Raynaud ; T. I droit civil, introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 1972, n°145). Le droit au nom, à l'honneur ou à la réputation en sont des exemples.

L'atteinte portée par l'inexécution du contrat à l'un de ces droits cause un préjudice moral à la victime lui ouvrant droit à la réparation.

Par exemple, un loueur de voitures confie les véhicules de son parc pour réparation à un garagiste. Celui-ci n'exécute pas correctement la mission qui lui a été confiée provoquant ainsi une série d'accidents et une atteinte à la réputation de son client.

## **B. LES CARACTERES DU PREJUDICE REPARABLE**

Le préjudice réparable doit non seulement être certain et direct, mais il doit aussi ne pas avoir été réparé. Comme le deuxième de ces caractères sera envisagé ci-dessous, nous nous limiterons, ici, à l'examen du premier et du troisième caractère.

### **1. Le dommage doit être certain**

Cela signifie que le juge ne doit avoir aucun doute sur l'existence du dommage

résultant de l'inexécution. Le juge ne peut accorder une réparation pour un dommage éventuel hypothétique.

L'exigence de la certitude ne soulève aucune difficulté particulière lorsque le dommage est actuel, réalisé au moment où le juge statue.

Mais qu'en est-il du dommage futur ? Celui-ci est réparable dans deux cas :

- D'abord lorsqu'il revêt un caractère de certitude incontestable, comme le manque à gagner résultant d'une incapacité partielle permanente de travail. Par exemple, le client d'un transporteur qui perd un bras, à la suite d'un accident subi lors du transport, aura dans le futur des revenus inférieurs à ceux qu'il pourrait avoir s'il n'y avait pas perdu son membre.
- Le préjudice futur est également réparable lorsqu'il se concrétise par la perte d'une chance. Par exemple, un avocat qui n'interjette pas appel dans le délai fait perdre à son client une chance d'obtenir la révision du jugement par la juridiction d'appel. L'avocat doit réparer le préjudice subi par le client suite à la perte de cette chance. Il en est de même du transporteur qui, par suite du retard dans l'exécution de son obligation, prive le voyageur de la possibilité de participer à un concours ou à une compétition.

Il va de soi que les juges n'accordent la répartition que dans la mesure où la chance perdue leur paraît sérieuse et dans la limite de cette chance. Ainsi, si le client de l'avocat avait 50% de chances de gagner le procès en appel, il n'obtiendra la réparation que pour ces 50%. Il ne peut prétendre à la réparation de la totalité du procès perdu, comme s'il avait gagné.

## **2. Le dommage ne doit pas avoir été réparé**

La victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle déjà indemnisée ne peut obtenir une réparation. Il faut bien entendu qu'il s'agisse d'une réparation totale, car si la réparation déjà accordée à la victime est simplement partielle, celle-ci demeure fondée à réclamer un complément de réparation.

Ainsi, dans l'exemple du garagiste ayant mal réparé la voiture qui lui a été confiée, le client victime peut obtenir de son employeur une réparation dans le cadre de la législation relative aux accidents du travail, si l'accident a eu lieu au moment où il se rendait de son domicile à son travail ou inversement. Mais, comme, en principe, la réparation des accidents du travail n'est que partielle, le client victime peut demander au garagiste un complément de réparation.

## II. LA FAUTE

L'étude de la faute en matière de responsabilité contractuelle soulève deux séries de problèmes concernant la place de la faute (A) dans cette responsabilité d'une part, et la gradation des fautes (B), d'autre part.

### A. LA PLACE DE LA FAUTE DANS LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

La question qui se pose est celle de savoir si l'inexécution doit être fautive pour être source de responsabilité contractuelle ?

Si la réponse est affirmative, le créancier insatisfait ne peut obtenir réparation du préjudice subi qu'en apportant la preuve de la faute du débiteur.

En revanche, la réponse négative aboutit à des conséquences opposées, c'est-à-dire que le créancier insatisfait n'aura pas à prouver la faute du débiteur. Celui-ci est considéré en faute par le seul fait de l'inexécution de ses obligations.

La question de la place de la faute dans la responsabilité contractuelle n'a pas reçu de réponse d'ensemble dans notre droit. Sans doute, il y a, outre l'art. 268 qui sera examiné ci-dessous, l'art. 263 aux termes duquel « *les dommages et intérêts sont dus soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, et encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de la part du débiteur* ». Mais ce texte a reçu deux interprétations.

Selon une première interprétation, l'inexécution n'est génératrice de responsabilité que dans la mesure où elle est fautive. Pour les partisans de cette interprétation, l'art. 263 édicterait une présomption de la faute à la charge du débiteur. Celui-ci serait présumé en faute par le seul fait de l'inexécution. Celle-ci présume la faute. Le créancier n'a pas prouvé la faute de son débiteur. Il doit prouver simplement l'inexécution.

Mais cette interprétation a été jugée inexacte. D'où une deuxième interprétation.

Selon cette deuxième interprétation, l'art 263 précisé édicte non pas une présomption de faute mais une présomption de responsabilité, c'est-à-dire que le débiteur qui n'exécute pas ou exécute mal ses obligations est responsable du préjudice qui en résulte pour le créancier, indépendamment de toute idée de faute. Le débiteur ne peut se libérer en prouvant l'absence de faute. Sa libération est subordonnée à la preuve d'une cause étrangère conformément à l'art. 268 du D.O.C. (voir infra). Pour ses partisans, cette interprétation trouve un appui dans les articles 261 et 262 relatifs l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire : dans ces deux articles l'inexécution est génératrice de dommages

et intérêts sans référence à la faute.

En conclusion, la responsabilité contractuelle peut être, ou non, subordonnée à une faute. Mais, dans tous les cas, la précision de la gravité de cette faute n'est pas sans intérêt.

## B. LA GRADATION DES FAUTES

La faute contractuelle est susceptible de degrés.

1. La faute la plus grave est la faute intentionnelle qui suppose la mauvaise foi du débiteur. Cette faute est désignée parfois par le terme « dol ». Il s'agit bien entendu du dol dans l'exécution et non du dol dans la formation du contrat déjà examiné.
2. A un degré de moindre gravité, se situe la **faute non intentionnelle d'imprudence ou de négligence**. Cette faute se subdivise elle-même en trois catégories :
  - **La faute lourde**, appelée aussi faute grave, faute grossière ou faute inexcusable. Il s'agit d'une faute que n'aurait pas commise l'homme moyen placé dans les mêmes circonstances de fait. La faute lourde témoigne d'une négligence ou d'une imprudence très grave. Aussi est-elle regardée en général comme équipollente au dol.
  - **La faute légère**, c'est celle qui aurait pu être commise par un homme moyen placé dans les mêmes circonstances de fait.
  - **La faute très légère**, c'est celle qui aurait pu être commise par un homme prudent et diligent.

Cette classification des fautes en fonction de leur degré de gravité n'est pas mentionnée par les arts. 263 et 268 du DOC susvisés. Mais d'autres textes de ce code tiennent compte de la gravité de la faute.

Ainsi, l'existence de la responsabilité peut, dans certaines hypothèses, dépendre de la gravité de la faute. Par exemple, les articles 903 et 904 du DOC subordonnent la responsabilité du mandataire salarié (rémunéré) à l'existence d'une faute grave de sa part.

De même les clauses exonératrices ou limitatives de responsabilité pour faute lourde ou intentionnelle sont nulles (art 232).

La loi fait même varier le montant en fonction de la variété de la faute. A cet égard, l'art. 264 dispose que : « *le tribunal doit évaluer différemment la mesure des dommages et intérêts, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol* ». Par conséquent, l'inexécution intentionnelle devrait entraîner à la charge du

débiteur défaillant une réparation plus importante que celle consécutive à une exécution par imprudence ou négligence. Toutefois cette fonction de peine privée de la responsabilité contractuelle se heurte à la fonction réparatrice de la responsabilité.

Remarquons que si le dépassement du montant du préjudice effectivement subi paraît difficilement réalisable, rien n'empêche de faire varier la réparation en fonction de la gravité de la faute, sans dépasser le montant du préjudice effectivement subi. Par exemple, en matière d'accident de travail, la réparation n'est intégrale que lorsqu'il y a faute inexcusable de l'employeur.

### **III. LE LIEN DE CAUSALITE**

L'inexécution n'est génératrice de responsabilité que dans la mesure où elle a un lien direct avec le dommage subi par le créancier insatisfait. C'est ce qu'on exprime, sous une autre forme, en disant que le dommage doit être direct.

Cette question est très délicate. L'exemple de POTHIER l'illustre bien : un marchand vend une vache malade, qui contamine le troupeau de l'acquéreur, qui ne peut plus cultiver ses terres, et ce, privé de ses revenus, ne peut plus payer ses créanciers, qui saisissent ses biens. Les fiançailles de sa fille se trouvent rompues et, à la suite de ces malheurs, l'acquéreur se suicide.

Quels sont dans cette cascade de dommages ceux qui sont réparables par le vendeur de la vache malade ?

L'art. 264 du DOC relatif à cette question se borne à exiger un lien direct entre l'inexécution et le dommage. Et c'est au juge du fond de décider souverainement, sans contrôle des juges de cassation, en fonction des circonstances de chaque espèce, si le dommage dont la réparation est demandée par la victime de l'inexécution constitue ou non une conséquence directe de cette inexécution.

Mais le caractère directe du dommage est-il suffisant ou faut-il encore que le dommage soit prévisible ?

En France, le caractère prévisible du dommage est requis, expressément, par l'art. 1150 du code civil français. Le dommage imprévisible n'est pas réparable en droit français. Par exemple, en cas de vol d'une voiture confiée à un garagiste. Celui-ci n'est tenu à rembourser au client que la valeur de la voiture, à l'exclusion des objets précieux laissés dans cette voiture. Car il n'a pas pu prévoir leur existence.

Au Maroc, le DOC ne précise pas si le dommage réparable doit être prévisible. Cette question est controversée en doctrine (voir DRIMEUR, P. 291 et CHILEH, P.

216 note 2).

#### **IV. L'ABSENCE DE CAUSE D'EXONERATION**

L'exécution du contrat peut être rendue impossible par certaines causes. Dans ce cas, le débiteur n'est pas responsable de l'inexécution du préjudice qui en résulte pour le créancier. Ces causes qui exonèrent le débiteur de son obligation sont énumérées par l'art. 268. Il s'agit de la force majeure (1) et de la demeure du créancier (2).

##### **1. La force majeure ou le cas fortuit**

Un événement est considéré comme constituant une force majeure ou cas fortuit (les deux termes peuvent être considérés comme synonymes) s'il présente les 3 caractères suivants (art.269 doc).

###### **a. Imprévisibilité**

L'événement qui a rendu l'exécution impossible doit avoir échappé au débiteur au moment de la conclusion du contrat. Si le débiteur connaissait cet événement, il n'y aurait plus d'imprévisibilité, donc de force majeure.

###### **b. Irrésistibilité**

L'événement qui a entraîné l'inexécution doit être de ceux qu'il est absolument impossible d'éviter. S'il s'agit d'un événement qui peut être évité par un autre que le débiteur, il n'y aura pas irrésistibilité donc de force majeure. Il faut qu'il s'agisse d'une impossibilité insurmontable et non d'une difficulté, aussi grande soit-elle.

###### **c. Extériorité**

L'événement qui a empêché l'exécution doit être extérieur au débiteur.

Par conséquent, ne constitue pas une force majeure la défaillance du matériel ou du personnel que le contractant emploie à l'exécution du contrat. (Pour la détermination, voir A. EL HILA, op. cit).

Ces caractères de la force majeure sont cumulatifs, c'est-à-dire que si l'un des faits défaut, il n'y aura pas de force majeure. Peu importe qu'il s'agisse de phénomènes naturels (inondations, sécheresses, tremblements de terres,

orages, sauterelles ...) ou d'actions humaines (guerres, émeutes, pillages, interventions des pouvoirs publics- le fait du prince- comme l'expropriation ou l'interdiction d'importation ...).

Remarquons, néanmoins, qu'un évènement qui a été occasionné par une faute précédente du débiteur ne constitue pas une force majeure (art. 269. al. 3).

## **2. La demeure du créancier**

Lorsque l'évènement qui a empêché l'exécution du contrat réside dans le comportement du créancier, la responsabilité du débiteur ne peut être engagée.

Ainsi, le créancier ne peut invoquer l'inexécution pour demander une réparation à son débiteur lorsqu'il refuse, sans raison valable, de recevoir la prestation ou de concourir à l'exécution du contrat. L'art. 270 du DOC est formel à cet égard.

De même, le transporteur n'est pas contractuellement responsable du décès du voyageur qui s'est suicidé au cours du voyage.

## **§2 - LES CONVENTIONS CONTRACTUELLES RELATIVES A LA RESPONSABILITE**

Ces conventions sont fréquentes et variées. Pour simplifier, on peut les grouper, sous deux rubriques : les clauses relatives aux conditions de la responsabilité, d'une part (A) et celles relatives au montant de la réparation, d'autre part (B).

### **A. LES CLAUSES RELATIVES AUX CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE**

Les parties insèrent souvent dans leurs contrats des clauses par lesquelles elles modifient les conditions de la responsabilité dans le sens soit de l'aggravation (1), soit de l'allègement (2).

#### **1. Les clauses aggravant les conditions de la responsabilité.**

Ainsi, si la règle est que l'inexécution n'est pas génératrice de responsabilité lorsqu'elle résulte d'un cas fortuit ou de force majeure, rien n'empêche les parties d'écarter cette règle par une clause du contrat. Il peut être, en effet, stipulé qu'un contrat répond des conséquences de l'inexécution à son partenaire, quoique qu'il arrive.

En principe, les clauses qui aggravent les conditions de responsabilité ne posent pas de problème quant à leur validité, car elles vont dans le sens de la rigueur

dans l'exécution, des obligations contractuelles.

Mais qu'en est-il des clauses qui restreignent les conditions de la responsabilité.

## **2. Les clauses restreignant les conditions de la responsabilité (clauses limitatives de la responsabilité).**

Il s'agit des clauses par lesquelles un contractant limite l'étendue ou la nature des obligations qu'il assume.

Par exemple, le débiteur peut stipuler qu'il ne souscrit qu'une obligation de moyens, et non une obligation de résultat.

De même, les parties peuvent insérer dans leurs contrats une clause qualifiant de force majeure un fait qui ne présente pas ce caractère d'après le droit commun.

Les clauses limitatives de la responsabilité sont en principe licites. Elles sont néanmoins dangereuses, car les contractants se trouvant dans une position de force peuvent les utiliser pour s'exonérer de leurs obligations. Aussi ce principe comporte-t-il des exceptions.

D'abord, la loi l'exclut, expressément, dans certains contrats. C'est le cas de la plupart des contrats régis par une réglementation impérative. Par exemple, nous avons déjà vu que le transporteur ne peut s'exonérer de sa responsabilité pour le retard où les avaries subies par les choses transportées.

Ensuite, ces clauses ne couvrent pas les fautes intentionnelles et les fautes lourdes, et ce par application de l'art. 232 du DOC aux termes duquel on ne peut stipuler d'avance qu'on ne sera pas tenu de sa faute lourde ou de son dol.

## **B. LES CLAUSES RELATIVES AU MONTANT DE LA REPARATION**

En cas d'inexécution du contrat, c'est au juge d'apprécier le montant des dommages et intérêts qui doivent être versés par le débiteur défaillant au créancier insatisfait. Or cette évaluation soulève des problèmes. C'est pourquoi il est fréquent d'insérer dans les contrats des clauses comportant une évaluation forfaitaire de la réparation due en cas d'inexécution.

Deux séries de clauses sont utilisées à cet égard : la clause pénale (1°), d'une part et les clauses limitatives du montant maximal de la réparation (2°), d'autre part.

### **1. La clause pénale**

C'est celle par laquelle les contractants fixent forfaitairement, dans leur

convention, le montant des dommages et intérêts dus par le débiteur, en cas d'inexécution de son obligation.

A priori, cette technique est avantageuse, à un double point de vue.

D'abord, la fixation d'avance du montant de la réparation par les parties supprime les difficultés et les aléas inhérents à l'évaluation judiciaire.

Ensuite, le montant à payer par le débiteur étant souvent élevé, celui-ci est incité à exécuter sa prestation pour éviter de payer une somme considérable.

Mais ces avantages ne doivent pas occulter les dangers de cette technique pour le créancier et surtout pour le débiteur.

Ainsi, le créancier risque de ne pas obtenir l'exécution de la prestation promise. Son débiteur préférera très probablement se soustraire à ses engagements chaque fois que le montant à payer par application de la clause pénale est inférieur au bénéfice à retirer de l'inexécution.

En réalité, c'est pour le débiteur que la clause pénale présente le plus de dangers. En fixant le montant à payer en cas d'inexécution à un montant très élevé par rapport au préjudice. Elle aboutit à un enrichissement injustifié du créancier. Ceci est d'autant plus à craindre que c'est la partie la plus forte dans la relation contractuelle qui l'impose ; son partenaire n'ayant pas toujours le choix ni la lucidité suffisante pour apprécier les dangers de son engagement. De nombreux contractants ne pensent pas, au moment de la souscription de la clause pénale à l'éventualité d'une impossibilité d'exécution.

On comprend, dans ces conditions, que de nombreuses législations aient jugé nécessaire la réglementation de la clause pénale.

Ainsi, en France, si à l'origine le code civil posait comme principe la validité de la clause pénale en interdisant au juge le droit d'augmenter ou de réduire le montant de la réparation convenue (art. 1152), des lois postérieures ont reconnu au juge le pouvoir de modérer ou d'augmenter la peine convenue (voir notamment la loi du 9 juillet 1975 ajoutant un second alinéa à l'art. 1152 susvisé).

La même tendance se retrouve dans des codes plus récents, comme le code civil égyptien (art. 224). Celui-ci limite la somme à payer en application d'une clause pénale au montant du préjudice effectivement subi par le créancier et confère au juge un droit de réduire la somme convenue.

Mais qu'en est-il au Maroc ?

Le régime juridique de la clause pénale résulte de la combinaison d'un certain nombre de dispositions.

Ainsi, il ne fait aucun doute que les clauses pénales contraires à l'ordre public

sont nulles. C'est le cas notamment des clauses garantissant un pacte sur succession future ou assurant l'exécution d'une obligation immorale (Exemples dans la discussion orale). En réalité, il ne s'agit là que de l'application du droit commun relatif à la validité des conventions.

Par ailleurs, certains textes, rares, fixent le montant de la clause pénale éventuellement encourue, l'excluent ou en limitent un plafond à ne pas dépasser. En voici des exemples :

- En matière d'assurances, l'assuré est tenu, au cours de l'exécution du contrat, de porter à la connaissance de l'assureur tout changement relatif au risque si ce changement touche l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur. A défaut, et indépendamment de la rescision, les primes payées demeurent acquises à l'assureur qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommage et intérêts (art.21 de LAV du 28 novembre 1934 relatif au contrat d'assurance terrestre).
- Dans le contrat de travail, la loi (art. 14 du dahir du 24 Janvier 1953 relatif au calcul et au paiement des salaires, aux économats, au marchandage et au contrat de sous-traitance) ne permet de sanctionner pécuniairement (amende) les manquements aux règlements intérieurs que lorsqu'ils concernent la discipline, l'hygiène, ou la sécurité des travailleurs. Elle fixe également le plafond (par rapport au salaire) et la destination de l'amende. Celle-ci ne profite pas à l'employeur, mais doit être versée à une caisse de secours au profit des ouvriers ou à défaut à une œuvre de bienfaisance.

Quant au DOC, il ne contient aucune disposition de portée générale relative à la clause pénale. En partant de ce silence du code, les tribunaux la déclarent valable au nom de la force obligatoire des conventions et refusent de la réviser que ce soit dans le sens de l'augmentation ou de la réduction (voir notama. CAR 1 avril 1938, RCAR 1938 p. 451, CAR. 23 janv. 1954, GTM 1954 p.53 ; les décisions non publiées citées par F. EL BACHA, op. cit. p. 101 note 303) sauf dans les cas où s'agissant d'une dette de somme d'argent, la clause pénale est manifestement contraire aux dispositions légales fixant le taux maximum des intérêts conventionnels (CAR 8 déc. 1953, GTM 1954 p. 58 ; TPI casa, 27 Juin 1963, GTM 1964 p. 16).

## **2. Les clauses limitatives du montant de la réparation**

Par ces clauses, on fixe, non pas le montant de la réparation, mais le plafond que cette réparation ne doit pas dépasser.

Par conséquent, si le préjudice réellement subi par la victime de l'inexécution est

inférieur à ce plafond, la réparation due par le débiteur correspondra à ce chiffre. En revanche, si le préjudice subi dépasse le plafond, la victime ne recevra que ce plafond, d'où le caractère dangereux des clauses limitatives du montant maximum de la réparation.

Ceci explique que la loi les exclut dans certains contrats.

Ainsi l'art. 743 du DOC déclare nulles les clauses par lesquelles les hôteliers, aubergistes logeurs en garni, propriétaires d'établissements de bains, cafés-restaurants, spectacles publics, limitent le montant de la réparation à verser à leurs clients pour la perte, détérioration ou vol d'objets appartenant à ces clients.

De même, l'art. 772 ne permet pas au locataire d'ouvrage (entrepreneur) de limiter la garantie pour les défauts de son œuvre. Les cas où ces clauses sont prohibées ne sont en réalité que des exceptions. Ces clauses sont fréquentes dans la pratique. Voir par exemple le domaine des transports, celui des rapports entre l'administration des PTT et les usagers ...

## **SECTION IV**

### **LA RESOLUTION DU CONTRAT**

Lorsque l'un des contractants n'exécute pas ses obligations, son partenaire peut prendre sa liberté en anéantissant le contrat par la résolution. Celle-ci n'a pas tout à fait les mêmes conséquences selon qu'elle sanctionne le manquement de l'une des parties à ses obligations (§1), ou qu'elle intervient tout simplement pour constater l'impossibilité d'exécution, suite à un cas fortuit ou de force majeure.

#### **§1- LA RESOLUTION POUR MANQUEMENT DE L'UNE DES PARTIES A SES OBLIGATIONS**

Cette résolution peut être soit judiciaire (I), soit conventionnelle (II).

##### **I. LA RESOLUTION JUDICIAIRE**

Trois points méritent d'être précisés. Ils concernent le fondement (A), les conditions (B), et les effets (C) de cette institution.

##### **A. LE FONDEMENT**

Il a fait l'objet de controverses :

- 1°) On a d'abord, avancé l'idée de clause tacite. Mais cette explication a été abandonnée parce qu'elle est démentie par le caractère judiciaire de cette résolution.
- 2°) En revanche, l'explication de la résolution judiciaire par l'idée de sanction paraît plus logique. Celui qui n'a pas tenu sa promesse doit être sanctionné par la perte des droits qui lui sont reconnus en contrepartie de cette promesse.
- 3°) De même, l'idée d'absence de cause paraît une explication acceptable. En effet, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque partie a pour cause l'exécution de l'obligation de son partenaire. Dès lors, le contractant qui n'obtient pas l'exécution du contrat peut demander au juge

de libérer de ses propres engagements.

La résolution judiciaire du contrat constitue donc un moyen pour le contractant victime de l'inexécution de sortir d'une situation qui n'a plus pour lui aucune raison d'être. Elle présente toutefois quelques dangers.

D'un côté, il est à craindre qu'un contractant de mauvaise foi qui ne trouve pas son compte dans une opération ne prenne prétexte de la moindre inexécution pour se dégager du contrat.

D'autre part, les créanciers de celui qui subit la résolution du contrat risquent d'être lésés, car le patrimoine de leur débiteur peut subir une diminution, à la suite de la résolution.

Ces considérations expliquent la nécessité de préciser les conditions de la résolution judiciaire.

## **B. LES CONDITIONS**

La résolution judiciaire est prévue par l'art. 259 du DOC aux termes duquel *«lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation, si l'exécution en est possible, à défaut, il peut demander la résolution du contrat ainsi que les dommages et intérêts dans les deux cas »*.

La lecture de ce texte pourrait laisser croire que la mise en demeure est une condition nécessaire à la recevabilité de l'action en résolution. En réalité, la mise en demeure n'est pas nécessaire, car la citation en justice vaut elle-même mise en demeure, comme nous l'avons déjà vu.

Par conséquent, les conditions de la résolution judiciaire tiennent à son domaine, aux circonstances de l'inexécution et aux pouvoirs du juge.

### **1. Le domaine.**

La résolution judiciaire s'applique, en principe, seulement aux contrats synallagmatiques. Ainsi, dans la vente, chaque partie peut demander au juge de la libérer de ses obligations en cas de défaillance de l'autre partie.

La résolution n'est pas possible dans les contrats unilatéraux comme la donation.

### **2. Les circonstances qui autorisent la résolution**

Certes, la résolution suppose l'inexécution. Mais quels sont les caractères que doit revêtir cette inexécution ? ·

- a) Doit-on exiger une inexécution totale pour accorder la résolution ou peut-on se contenter d'une inexécution partielle ? Il résulte de l'art. 259 du DOC que l'inexécution partielle autorise la résolution.
- b) L'inexécution doit-elle être fautive ? Ce n'est pas nécessaire, car comme nous l'avons déjà vu, dans le cadre des obligations de résultat. La faute n'est pas requise pour engager la responsabilité du débiteur.

### **3. Les pouvoirs du juge**

Le juge est-il tenu d'accorder la résolution demandée ou dispose-t-il d'un pouvoir d'appréciation ?

Une distinction doit être faite à cet égard.

- a) il ne fait aucun doute que le juge a un pouvoir d'appréciation pour dire s'il y a ou non inexécution et préciser si celle-ci est totale ou partielle.
- b) Mais le juge qui constate l'inexécution peut-il refuser de prononcer la résolution ?

La réponse est négative. Ainsi, il a été jugé que par application de l'art. 259 du DOC, le juge ne peut, sauf disposition légale particulière, refuser de prononcer la résolution d'un contrat dont les clauses essentielles n'ont été respectées. Par suite, viole ledit article et encourt la cassation, l'arrêt qui rejette pour des motifs d'équité et d'opportunité la demande en résolution d'une vente immobilière, dès lors qu'il résulte de ses constatations que l'acheteur n'a pas rempli ses obligations relatives au paiement du prix (C.S, civ., 17 nov. 1964, RACS, civ. T. II, p.219).

Toutefois, étant donné les dispositions de l'article 243, al 2, qui permettent au juge d'accorder un délai de grâce, il semble que rien n'empêche le juge de surseoir à la résolution en accordant au débiteur un délai pour l'exécution de ses obligations. Pour prendre pareille décision, le juge tient compte des circonstances de l'espèce, notamment de la bonne foi des parties et des conséquences de la résolution à l'égard des tiers.

## **C. LES EFFETS**

Il y a un principe qui connaît des limites.

### **1. Le principe**

Comme l'annulation, la résolution entraîne l'anéantissement du contrat avec

effet rétroactif. Le contrat résolu est considéré comme n'ayant jamais existé. D'où les conséquences suivantes.

D'une part rien ne peut être réclamé en vertu de ce contrat.

D'autre part, ce qui a été payé dans le cadre de ce contrat doit être restitué. En outre, le débiteur défaillant peut être condamné à des dommages- intérêts.

## **2. Les limites**

Elles se situent à deux niveaux : entre les parties d'une part et à l'égard des tiers d'autres part.

### **a. Entre les parties**

Il n'est pas toujours possible de remettre les parties dans la situation qui a été la leur au moment de la conclusion du contrat, soit parce qu'il s'agit d'un contrat successif, soit parce que des fruits ont été perçus, soit parce que la chose a fait l'objet d'amélioration ou de dégradations.

En principe, les règles applicables pour ces différentes hypothèses sont celles que nous avons déjà examinées à propos de l'annulation.

### **b. A l'égard des tiers**

Entre la conclusion du contrat et sa résolution, des droits peuvent avoir été constitués sur la chose au profit des tiers de bonne foi. Ici, également, il convient de se reporter à ce qui a été dit à propos des limites à la règle de l'effet rétroactif de l'annulation.

Malgré son utilité, la résolution judiciaire présente des inconvénients tenant au pouvoir d'appréciation du juge, aux incertitudes qui en résultent ainsi qu'à la lenteur et aux frais du procès.

Ceci explique la préférence des contractants pour la résolution conventionnelle.

## **II. LA RESOLUTION CONVENTIONNELLE**

Cette résolution, prévue par l'art. 260 du DOC, présente de multiples avantages notamment parce qu'elle permet d'éviter les inconvénients de la résolution judiciaire.

Elle n'est, cependant, pas sans danger ; car les contractants se trouvant dans une position de force peuvent en faire un usage abusif, en se reconnaissant le droit

de se libérer du lien contractuel pour des raisons banales.

Ce danger explique l'attitude des tribunaux en France. Ils ne considèrent pas avec faveur ces clauses et les interprètent, par conséquent, de façon restrictive.

Au Maroc, les termes de l'art. 260 susvisé semblent interdire pareille interprétation.

En tout cas, les préoccupations de protéger certaines catégories de contractants, ont amené le législateur marocain à prohiber les clauses résolutoires dans certains contrats. Par exemple, l'art. 8 de la loi n°6/79.

Notons que les effets de la résolution conventionnelle sont les mêmes que ceux de la résolution judiciaire, que ce soit en ce qui concerne l'anéantissement rétroactif du contrat, ou en ce qui concerne les dommages et intérêts.

En dépit de cette similitude au niveau des effets, la résolution conventionnelle se distingue de la résolution judiciaire parce qu'elle joue de plein droit et n'a pas besoin d'être prononcée par le juge.

## **§2- LA RESOLUTION POUR INEXECUTION DUE A UN CAS DE FORCE MAJEURE (la théorie des risques)**

Il convient, d'abord, de bien cerner le problème (A), avant de préciser la solution qui lui a été apportée par le DOC (B).

### **A. POSITION DU PROBLEME**

Il arrive que l'exécution d'un contrat devienne impossible pour une cause indépendante de la volonté des contractants. Par exemple le transporteur peut se trouver dans l'impossibilité d'assurer le transport promis, par suite du retrait d'agrément par les pouvoirs publics. De même le vendeur peut se heurter à une impossibilité de fournir la chose promise, à la suite de son retrait du commerce ou de sa perte.

Le problème qui se pose est de savoir si le contractant qui ne peut plus fournir sa prestation peut réclamer celle de son partenaire ou la garder s'il avait déjà reçue.

Cette question, qui n'a évidemment de sens que dans les contrats synallagmatiques n'a pas reçu de réponse d'ensemble dans le code civil français. Celui-ci n'a donné la solution que pour quelques contrats, comme les contrats

de bail (art. 1722), de travail (1790) et de société (art. 1869). La situation est différente dans le DOC.

## **B. LA SOLUTION DU DOC**

Il y a lieu de distinguer les contrats non translatifs de propriété des contrats translatifs de propriété.

### **1. Les contrats non translatifs de propriété**

Pour ces contrats, la règle est énoncée par l'art. 338 du DOC. Il résulte de ce texte, en effet, que le contractant qui ne peut plus fournir sa prestation par suite d'une force majeure, ne saurait réclamer celle de son partenaire.

Ainsi dans l'exemple précédent, le transporteur, dans l'impossibilité d'effectuer le transport, ne peut exiger la rémunération qui lui a été promise, ni la garder s'il l'a déjà perçue. On exprime cela en disant que les risques sont pour le débiteur (res perit debitori) ; car le créancier qui se trouve libéré de sa prestation ne subira pas les conséquences de la force majeure.

### **2. Les contrats translatifs de propriété**

Dans ces contrats, les risques sont pour l'acquéreur. Celui-ci reste tenu du paiement du prix lorsque la survenance d'un cas de force majeure a empêché son partenaire de lui livrer la chose.

Ainsi dans la vente, l'acheteur devient propriétaire par l'échange des consentements indépendamment de la livraison. Donc si le vendeur ne peut livrer la chose par suite de sa perte ou de sa réquisition par l'autorité publique, l'acheteur ne sera pas libéré de l'obligation du paiement du prix. Le vendeur gardera le prix reçu et réclamera à l'acheteur le prix ou la partie du prix non encore payé par ce dernier. Tout ceci n'est que la conséquence de la règle selon laquelle la chose périt pour le propriétaire (res perit domino).

La règle selon laquelle les risques sont pour l'acquéreur mérite quelques précisions.

#### **a. La règle ne joue que si le transfert de la propriété est contemporain de la conclusion du contrat.**

Certes telle est la règle, mais rien n'empêche l'existence d'un décalage entre la conclusion du contrat et le transfert de la propriété.

Ainsi dans la vente des choses de ce genre, le transfert de la propriété ne

s'effectue que par l'individualisme de sorte que la perte survenue avant cette individualisation est pour le vendeur et non pour l'acheteur.

D'ailleurs même dans les contrats ayant pour objet un corps certain, les parties peuvent par une clause du contrat, retarder le transfert de la propriété pour le faire coïncider avec la livraison.

Dans ce cas, la perte de la chose est supportée par le vendeur. L'acheteur est libéré de l'obligation du paiement du prix. S'il l'a déjà payé, il peut en demander le remboursement.

**b. La règle est également écartée lorsque l'impossibilité est postérieure à la mise en demeure.**

Ainsi, le vendeur qui refuse, après une mise en demeure, de livrer la chose à l'acheteur répond de la détérioration ou de la perte de la chose même si elles sont la conséquence d'un cas fortuit ou de force majeure. Ceci s'explique par l'idée de faute : le vendeur a commis une faute en refusant, sans raison valable, de livrer la chose.