

LE JUGE PEUT-IL IMPOSER UNE RELATION CONTRACTUELLE A TITRE DE RÉPARATION ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE - 5 AVRIL 2013

PAR JACQUES MESTRE*

Dans le cadre de ce colloque consacré à la réparation du préjudice d'affaires, la question méritait assurément d'être posée. Certes, elle l'a été jusqu'à présent assez rarement en tant que telle. Et pourtant elle s'avère présente ou sous-jacente dans de très nombreuses hypothèses qui intéressent la vie des affaires : rupture de pourparlers très tardive et fautive, inexécution d'un avant-contrat (promesses, pacte de préférence...), refus de vente ou de prestation de services qui serait le résultat d'une entente ou d'un abus de domination perturbant le fonctionnement du marché, défaillance fautivement provoquée d'une condition suspensive, résiliation unilatérale exercée de manière irrégulière (méconnaissance d'un formalisme légal, absence de motif légitime, irrespect du préavis...), déréférencement abusif d'un distributeur sélectif, clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi, non renouvellement fautif d'un contrat arrivé à terme, abus de minorité commis à l'occasion d'une demande de prorogation de la société souhaitée par les majoritaires...

Dans tous ces cas, une même interrogation surgit : le juge peut-il réparer le dommage subi par la victime (le négociateur fautivement délaissé, le bénéficiaire de la promesse rétractée, le distributeur irrégulièrement déréférencé...) en imposant un lien contractuel si, du moins, cette victime le lui demande en considérant que de simples dommages-intérêts ne lui apparaîtraient pas vraiment satisfaisants ?

Le problème posé est celui du pouvoir du juge, autrement dit d'un *imperium* judiciaire qui, de prime abord, paraît assez délicat à admettre au regard de la dimension nécessairement volontariste d'un contrat, et aussi des termes bien connus d'un article 1142 du Code civil peu propices à un tel mode de réparation dans un

cadre contractuel (« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur »).

Cependant, deux hypothèses sont ici à bien distinguer car le pouvoir sollicité n'est pas toujours de la même intensité :

- dans certains cas, il est en effet simplement demandé au juge de constater un lien contractuel (I) ;
- tandis que dans d'autres, il lui est réellement demandé, beaucoup plus audacieusement, d'en imposer un (II).

I. Le simple constat par le juge d'un lien contractuel

Dans cette première série d'hypothèses, le juge pourra être amené à constater soit qu'un contrat a bien été formé, soit que, bien formé, ce contrat est toujours en vie.

A) Le constat d'un contrat bien formé

À notre sens, le pouvoir du juge ne doit – ou ne devrait – pas faire ici difficulté car il s'agit pour ce juge de tirer simplement les conséquences objectives d'une effective rencontre de volontés formatrices d'un lien contractuel.

Quelles sont les principales hypothèses concernées ?

Naturellement, la **promesse synallagmatique**, pour laquelle le juge se reconnaît depuis longtemps, et à partir de l'article 1589 du Code civil, le pouvoir de dire de façon générale qu'elle vaut contrat définitif et qu'elle peut ainsi par exemple, si elle concerne la vente d'un immeuble, être publiée en tant que telle à la Conservation des hypothèques.

Mais aussi le **pacte de préférence**, avec ici la reconnaissance récente, et particulièrement bienvenue, de ce pouvoir judiciaire, après une longue période marquée par la prééminence des

* Jacques Mestre est Professeur à Aix-Marseille Université, Directeur du Centre de Droit Économique (EA 4224).

termes de l'article 1142 du Code civil et donc d'une simple réparation indemnitaire⁶⁹.

De même, le constat par le juge de la formation du contrat dès lors que **les parties se sont accordées sur les éléments essentiels**, et ce en dépit d'un désaccord qui subsisterait sur les éléments secondaires⁷⁰. Simplement, une question demeure non résolue : comment concevoir cette négociation subsidiaire et complémentaire entre des personnes déjà engagées par un contrat dont le juge vient imposer la reconnaissance ? L'obligation d'aboutir sur ces points secondaires n'est-elle pas alors nécessairement une obligation de résultat ? Le juge pourrait-il réapparaître et, si oui, de quelle façon, si cette perfection du contrat tardait à se préciser ? Pourrait-il, comme le permet l'article 2 du Code civil suisse des obligations, régler lui-même ces points secondaires « en tenant compte de la nature de l'affaire », c'est-à-dire en se demandant ce que les parties auraient convenu si elles avaient réglé la question laissée ouverte⁷¹ ? Ou bien devrait-il se contenter de nommer un mandataire *ad hoc* pour faciliter l'heureux dénouement des opérations ?

Une note cependant discordante dans cet ensemble harmonieux : **les promesses unilatérales** avec la jurisprudence bien connue inaugurée en 1993 par la troisième chambre civile, et qui demeure toujours d'actualité : voir encore Civ. 3^{ème}, 11 septembre 2011, n° 10-12.875, censurant la cour d'appel d'Aix pour violation des articles 1101 et 1134 du Code civil en observant que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant

69 - Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et n° 03-19.495 : « *Attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* ».

70 - Cf. Com., 28 février 2006, *RJDA* 2006, n° 742, p. 693, *RTDciv.* 2006, p. 755, obs. J. Mestre et B. Fages : cassation pour violation par les juges du fond de l'article 1134, car ceux-ci avaient écarté la qualification de contrat alors que la partie qui contestait cette qualification dans le litige avait « *reconnu implicitement mais nécessairement qu'un accord de volontés était intervenu entre les parties sur les éléments qu'elle-même tenait pour essentiels même si des discussions se poursuivaient par ailleurs pour parfaire le contrat sur des points secondaires et admis s'être engagée* ».

71 - Voir Ariane Morin, l'article 2 du Code des obligations et la formation du contrat, *Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Schultess*, 2006, p. 463 s.

excluant toute rencontre de volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».

Une jurisprudence à notre avis très critiquable en ce qu'elle méconnaît une effective rencontre de volontés entre un promettant qui a déjà consenti au contrat définitif, au moins au sein du délai accordé au bénéficiaire, et un bénéficiaire qui a précisément exprimé lui-même son consentement à ce contrat dans le délai qui lui avait été imparti. Et dont, nous semble-t-il, la mise en perspective avec les hypothèses précédemment évoquées ou avec celles qui vont l'être à présent fait encore mieux apparaître le caractère très singulier.

B) Le constat d'un contrat toujours en vie

Deux sous-hypothèses peuvent être ici évoquées : le contrat formé a échappé à la caducité (1°) ou à une rupture unilatérale efficace (2°).

1°) Le contrat formé n'a pas été frappé de caducité.

Le contrat a bien été formé, mais il était assorti d'une condition suspensive qui doit donc se réaliser pour qu'il soit à l'abri de tout anéantissement : financement, agrément, etc... Or cette condition défaille ensuite, et donc le contrat est *a priori* caduc. Soit, mais qu'en est-il si cette défaillance n'est pas le fait du hasard, de l'aléa, comme elle aurait dû l'être, et si donc elle a été fautivement provoquée par le débiteur qui s'était engagé sous cette condition ? Un débiteur, par exemple, qui, regrettant son acquisition, a tout fait pour ne pas obtenir le crédit prévu à titre de condition du contrat...

Assurément, une responsabilité est alors engagée par ce débiteur truqueur, qui n'a pas laissé l'aléa accomplir son travail pour décider du sort de la condition suspensive. Mais quelle en est la sanction ? Octroi de dommages-intérêts pour l'autre partie, ou bien conclusion maintenue du contrat à titre de réparation ?

L'article 1178 du Code civil, qui envisage cette hypothèse, suggère cette seconde solution, puisqu'il précise que « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ». Et, de fait, la jurisprudence opte pour cette solution : le juge va donc pouvoir constater, par exemple, que la vente a bien eu lieu parce que le prêt doit être réputé avoir été obtenu. Simplement, en pratique, une fois ce constat contractuel fait, le juge prononcera très généralement la résolution d'un

contrat alors ensuite inexécuté, et donc, au final, ce sont bien des dommages-intérêts qui seront octroyés à l'autre partie, mais, juridiquement, ils le seront *via* la résolution judiciaire d'un contrat dont la vie aura été justement constatée par les juges.

Simplement, conviendra-t-il de réserver le cas où ce constat même de la conclusion du contrat s'avérerait juridiquement impossible, comme en témoigne une affaire très originale récemment soumise à la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 28 avril 2009, n° 08-13.044 et n° 08-13.049, *RTDciv.* 2009, p. 526, obs. B. Fages : en l'occurrence, les membres du groupe majoritaire d'une société BVC s'étaient engagés à céder à la société Sodexho les mille actions composant le capital de la société. Une condition suspensive avait été stipulée : le rachat préalable par les promettants des actions actuellement détenues par le groupe minoritaire. Or, précisément pour acquérir ces actions, les majoritaires promettants allaient déclencher une convention *buy or sell* qu'ils avaient conclue quelque temps auparavant avec ces minoritaires, et aux termes de laquelle chaque groupe d'actionnaires avait la faculté de proposer à l'autre le rachat de ses actions en indiquant le prix offert, le groupe ainsi sollicité ayant alors le choix soit de céder la totalité de ses actions, soit d'acquérir toutes les actions détenues par l'offrant au prix proposé par ce dernier. Or, ici, les minoritaires firent le choix d'acquérir, de sorte que les majoritaires promettants ne purent finalement pas céder les titres à la société Sodexho. Laquelle réclama à ces promettants 24 millions de dommages-intérêts au motif qu'ils avaient fait fautiveusement défaillir la condition suspensive en fixant un prix unitaire d'action bas, qui avait incité les minoritaires à racheter leurs titres au lieu de leur vendre les leurs ! Une thèse que les juges du fond ne retiendront pas, alors pourtant que, dans leurs motifs, ils observeront qu'en proposant au groupe minoritaire des conditions de rachat des actions disproportionnées avec leur valeur de réalisation, les membres du groupe majoritaire n'avaient pas loyalement exécuté leur obligation 100% des titres à la société Sodexho. Une motivation donc à tout le moins contestable, que la Cour de cassation a sanctionnée sous le visa de l'article 1178 du Code civil).

2°) Le contrat formé n'a pas été régulièrement rompu

Cette seconde sous-hypothèse a été notamment développée par Madame Astrid Marais dans un très intéressant article sur « Le

maintien forcé contrat » paru aux *Petites Affiches*⁷². Cet auteur y distingue les cas où la décision de rompre prise par l'un des contractants est nulle et ne peut donc avoir eu pour effet de mettre fin au contrat et ceux où son exercice a simplement été abusif.

Et, de fait, dans la première série de cas, le pouvoir du juge d'assurer le maintien du contrat ne saurait raisonnablement être contesté puisque l'acte unilatéral de rupture doit être déclaré inopérant. Quels sont donc les principaux de ces cas ?

On peut notamment évoquer :

- la nullité de toute une série de licenciements qui heurtent des prohibitions légales et vont donc conduire à une réintégration du salarié, c'est-à-dire à la poursuite d'un contrat de travail qui n'a pas été régulièrement rompu par l'employeur : licenciements de salariés victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, de femmes enceintes, de grévistes... ;
- la nullité du congé donné en violation des exigences légales formulées par la loi du 6 juillet 1989 sur le bail d'habitation. L'article 10 de cette loi précise ainsi qu'à défaut de congé donné dans les formes et délais prévus à l'article 15, le contrat de location parvenu à son terme est reconduit tacitement, en principe pour une durée égale à celle du contrat initial. Autrement dit, le congé irrégulier ne met pas fin à la relation contractuelle, et celle-ci va donc se poursuivre comme si le congé était réputé ne pas avoir été donné ;
- la nullité, également, du congé irrégulier qui serait donné dans le cadre d'un bail commercial : cf., de façon particulièrement emblématique, Civ. 3^{ème}, 5 avril 2003, *Bull. civ. III*, n° 189, retenant ici la responsabilité d'un bailleur qui savait que le congé que venait de lui donner le commerçant locataire n'était pas régulier et qu'il n'allait donc pas faire échec au renouvellement du bail, et qui s'était délibérément gardé de le faire savoir à ce locataire alors que celui-ci aurait eu encore le temps de procéder à un nouveau congé cette fois-ci valable.

Cela étant, au-delà de cette première série de cas, restent ceux où la décision de rompre prise par l'un des contractants a simplement été abusive. Que décider alors et, en particulier, doit-on écarter tout pouvoir judiciaire d'imposer

72 - 2 octobre 2002, p. 7 s.

le maintien du contrat à titre de réparation du préjudice causé par l'exercice abusif de la rupture ? Nous abordons alors la partie sans conteste la plus délicate de notre exposé.

II. Le prononcé par le juge d'un lien contractuel à titre de réparation du préjudice

C'est ici que la problématique devient à notre sens véritablement délicate.

Naturellement, cette question peut être tranchée par une loi spéciale. Exemples : le licenciement injustifié d'un salarié ordinaire ne fait pas naître à son profit un droit à réintégration. De même, l'article 1794 du Code civil, à propos du louage d'ouvrage, indique que « le maître de l'ouvrage peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait gagné dans cette entreprise ».

À défaut d'une telle disposition légale, que décider ?

Quelques mots sur le débat doctrinal (A) avant d'évoquer les solutions retenues en jurisprudence (B) et enfin le régime de l'éventuel contrat imposé (C).

A. Le débat

Les arguments contre la reconnaissance du pouvoir judiciaire :

- L'article 1142 du Code civil ;
- le caractère nécessairement volontaire du contrat ;
- le caractère *intuitu personae* des contrats d'affaires : imposer le maintien forcé d'un contrat, n'est-ce pas contre-productif ? Mieux vaut le plus souvent prendre acte d'une rupture, et se contenter de dommages-intérêts.

Les arguments pour (qui ont notre préférence) :

- L'article 1184 du Code civil, précisant qu'en cas d'inexécution, le créancier a le choix entre l'exécution du contrat et la résolution ;
- le respect des prévisions initiales des parties. Souvent, celles-ci ont procédé, dans la perspective de l'établissement et de la pérennité du lien contractuel, à des investissements lourds ou encore ont renoncé à établir des partenariats avec d'autres ;

- la force du lien contractuel : il n'est pas souhaitable d'ouvrir à un contractant une option entre, d'une part, exécuter le contrat et, d'autre part, le rompre moyennant une certaine somme. Cette dernière solution est en effet la voie ouverte à des stratégies de sortie qui sont aux antipodes d'un lien contractuel qui a été voulu et qui doit être assumé. Au demeurant, n'oublions pas que le versement d'une somme, souvent au terme de plusieurs années de procédure, n'est généralement pas satisfaisant pour le cocontractant dont le partenaire s'est entre-temps évadé !

B. Les solutions retenues :

Sans doute faut-il procéder ici à une pesée, au cas par cas, des arguments précédents. Et, par exemple, dans le cas d'une rupture fautive des pourparlers, est-il sans doute difficile d'imposer la conclusion forcée du contrat (le poids du caractère nécessairement volontaire du contrat est alors, nous semble-t-il, prédominant).

Cela étant, dans la plupart des cas, la tendance est en jurisprudence à la reconnaissance du pouvoir du juge d'imposer un lien contractuel⁷³.

Pour expliciter plus nettement cette tendance, citons deux cas caractéristiques :

- le juge paralyse le jeu d'une clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier et donc assure bien le maintien du contrat⁷⁴ ;
- lorsqu'un contrat de distribution sélective n'a pas été renouvelé de manière fautive, l'ex-distributeur peut obtenir en justice la reprise des livraisons par son ex-partenaire dès lors que celui-ci n'est pas en mesure d'établir que le distributeur abandonné ne répond plus aux critères objectifs de sélection des

73 - Cf. ainsi Com., 27 avril 1993, *Bull. civ. IV*, n° 159 ; Colmar, 18 octobre 1972, *D. 1973*, p. 196 ; Paris, 14^{ème} ch., 3 novembre 1988 et 3 février 1933, cités par Maître Bourgeon in *Revue des contrats* févr. 2005, p. 112 ; Aix, 23 février 1996, *Gaz. Pal. 1996. II. 367* ; Aix, 22 janvier 2004, *RTDciv. 2004*, p. 508, obs. J. Mestre et B. Fages ; avec toutefois la limite apportée par Com., 22 octobre 2000, *RTDciv. 2001*, p. 140, obs. J. Mestre et B. Fages, précisant que « l'article 9 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 – aujourd'hui l'art. L. 420-3 C. com. – ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner la conclusion d'un contrat ou son renouvellement ».

74 - Civ. 3^{ème}, 16 octobre 1973, *Bull. civ. III*, n° 529 ; 15 décembre 1976, *ibid.*, n° 465.

revendeurs qu'il a choisis pour bâtir son réseau⁷⁵.

C. Si le juge impose ainsi le lien contractuel, quelques questions induites en découlent :

- Qui a le pouvoir de solliciter une telle sanction ? Les parties pourraient-elles en particulier lier par avance le juge en lui conférant le pouvoir d'ordonner, en cas d'inexécution, le maintien ou la formation du lien contractuel ? Oui si l'on en croit l'*obiter dictum* utilisé dans le cas d'une promesse unilatérale de vente par Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n° 07-11.721, ce qui ne nous paraît pas choquant dans un cadre contractuel, tout particulièrement d'affaires où le besoin de sécurité pour les entreprises est nécessairement important ;

- Quel juge a-t-il le pouvoir de l'ordonner ? Le juge du fond, sans aucun doute, mais quid du juge des référés ? (pour l'affirmation du pouvoir du juge des référés, à travers la prévention d'un dommage imminent ou encore la cessation d'un trouble manifestement illicite, voir la jurisprudence citée⁷⁶ ; en revanche, ce juge ne serait naturellement pas compétent pour ordonner la poursuite d'un contrat régulièrement résilié⁷⁷) ;

- Quel est le régime du contrat ainsi imposé ? Reprenons ici les heureuses préconisations faites par le professeur Marie-Eve Tian-Pancrazi dans son ouvrage sur *La protection du lien contractuel*, PUAM, 1995, n°271s. Soit, pour une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée, le maintien du contrat jusqu'au terme qui avait été convenu ; pour un non-renouvellement abusif, la reconduction de la convention pour une même période et aux conditions antérieures ; et enfin, pour une rupture abusive d'un contrat à durée indéterminée, la prolongation du contrat, avec la nécessité pour le contractant qui veut sortir, comme il en a le droit, de ce lien la nécessité de manifester une nouvelle fois sa volonté de sortie, mais cette fois en pleine conformité avec la loi et le contrat : c'est-à-dire en respectant, par exemple, le préavis ou encore la procédure

de conciliation préalable prévue, ou encore en fournissant le juste motif éventuellement exigé pour la rupture.

75 - Com., 27 avril 1993, précité.

76 - Voir Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 286 ; Paris, 28 janvier 2009, *RJDA* 2009, n° 586, *RTDciv.* 2009, p. 529, obs. B. Fages.

77 - Com., 28 novembre 2006, *RTDciv.* 2007, p. 345, obs. J. Mestre et B. Fages.