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

LE DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT

Thèse pour le doctorat en droit privé
Présentée et soutenue publiquement le 20 octobre 2022 par

Jean BRUSCHI

Directeur de thèse : **Monsieur Nicolas Balat**
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Membres du jury : **Madame Garance Cattalano**
Professeure à l'Université d'Orléans
Monsieur Pierre-Yves Gautier
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Monsieur Vincent Mazeaud
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
Monsieur Philippe Stoffel-Munck
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

À mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Nicolas Balat, que je ne remercierai jamais assez pour sa bienveillance et sa disponibilité, et dont la précieuse intelligence m'a permis de mener à bien ce travail,

À Monsieur le Professeur Hugo Barbier, qui a fait le doctorant,

À mes parents,

À ma famille, mes amis et ma belle-famille, ainsi qu'au centre de droit économique.

À Anne-Lise.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Adde	Ajoutez
AJ contrat	Actualité juridique du contrat
al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Banque et dr.	Revue Banque et droit
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I,II,III), commerciale (IV) et sociale (V)
BJB	Bulletin Joly bourse
BJS	Bulletin Joly sociétés
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. cons.	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
CPC	Code de procédure civile
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ. 1ère, 2ème, 3ème	Première, Deuxième, Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Chron.	Chronique
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comm. Com. Electr.	Communication, commerce électronique
Comp.	Comparez
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CCC	Contrats concurrence consommation
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
Déc.	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
Doctr.	Doctrine
D.	Recueil Dalloz

D. act.	Dalloz actualités
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit social
Ed.	Édition
Fasc.	Fascicule
Gaz. pal.	Gazette du palais
Ibid.	*Ibidem*, au même endroit
Infra	Ci-dessous
JCP G, E, S	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Générale, Entreprise, Sociale).
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loc Cit	*Loco Citato*, à l'endroit précité.
LPA	Les Petites Affiches
n°	Numéro
obs.	Observations
op. cit.	*Opere citato,* dans l'ouvrage cité
p.	Page
préc.	Précité
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue des contrats
Rép. dr. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. dr. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rev.	Revue
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RJ Com	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivants
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
th. préc.	Thèse précitée
vol.	Volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : L'EXISTENCE DU DEVOIR DE RÉACTION

TITRE PREMIER : LE DEVOIR DE RÉACTION : UNITÉ DE NATURE

CHAPITRE PREMIER : LA DIVERSITÉ DES MANIFESTATIONS DU DEVOIR DE RÉACTION

CHAPITRE SECOND : L'UNICITÉ DU COMPORTEMENT SANCTIONNÉ

TITRE SECOND : LES DEVOIRS DE RÉACTION : DUALITÉ DE FINALITÉS

CHAPITRE PREMIER : L'EXISTENCE D'UN DEVOIR DE RÉACTION ASSURANT L'EFFICACITÉ DU CONTRAT

CHAPITRE SECOND : L'EXISTENCE D'UN DEVOIR DE RÉACTION ASSURANT L'EFFICACITÉ D'UNE OBLIGATION AYANT POUR FINALITÉ LA PROTECTION D'UN INTÉRÊT GÉNÉRAL

SECONDE PARTIE : LES LIMITES DU DEVOIR DE RÉACTION

TITRE PREMIER : L'ENCADREMENT DU DEVOIR DE RÉACTION

CHAPITRE PREMIER : L'ENCADREMENT DE LA CONTRACTUALISATION DU DEVOIR DE RÉACTION

CHAPITRE SECOND : L'ENCADREMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DU DEVOIR DE RÉACTION

TITRE SECOND : LA RELATIVISATION DU DEVOIR DE RÉACTION

CHAPITRE PREMIER : LE DROIT DE NE PAS RÉAGIR

CHAPITRE SECOND : LE DEVOIR DE NE PAS RÉAGIR

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Un temps pour réagir – Le droit est l'unique science qui maîtrise le temps. L'historien n'a guère le choix que d'exhumer un temps figé sur lequel il enquête à la recherche de la vérité, le physicien peut constater sa relativité sans toutefois le modifier, tandis que le philosophe s'efforce de penser sa perception. Le droit évolue dans un temps social sur lequel il a directement prise. Il peut le moduler, l'arrêter, en créer davantage comme en supprimer, l'accélérer, le décélérer. Il peut encore lui faire produire des effets dans le passé, le présent ou le futur, sur les uns ou sur les autres[1], exiger d'eux une réaction lente ou rapide. Autrement dit, le droit est maître du temps qu'il crée[2]. Le rythme juridique n'est autre que celui qu'il souhaite : celui de l'instant, de la durée ou de l'éternité[3]. Un tel pouvoir n'est, cependant, pas illimité. Il ne résiste pas complètement aux évolutions sociales. Si bien que son usage se doit de refléter une certaine adaptation à son environnement extérieur, de ne pas opposer un temps abstraitement mesuré à la durée concrètement vécue[4]. Et lorsque cet environnement s'épuise à rechercher l'immédiateté, à réduire les longueurs, à ne rien laisser sans réponse, à vouloir aller toujours plus vite, le droit semble abdiquer devant le constat d'un temps devenu finalement son maître[5]. Mais le temps est « tantôt une aide, tantôt un obstacle », écrivait Malaurie[6]. Le droit ne saurait rester insensible face à des évolutions qui ravivent le rythme juridique. Il est attiré par les outils redoutables d'efficacité économique et juridique qu'elles offrent. L'époque est donc particulièrement propice à la confusion temporelle.

---

[1] CARBONNIER J., « Notes sur la prescription extinctive », RTD Civ. 1952, p.171.

[2] MALAURIE PH., « L'homme, le temps et le droit de la prescription civile », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p.393 ; *adde* OUTIN-ADAM A., *Essai d'une théorie des délais en droit privé – Contribution à l'étude du temps par le droit*, Thèse, Paris II, 1986, n°7, p.10 et n°254, p.258 ; HÉBRAUD P., « Observations sur la notion de temps en droit civil, *in Mélanges Pierre Kayser*, PUAM, 1979, T.II, p.7.

[3] PUTMAN E., « Le temps et le droit », Dr. et patr., n°78, janvier 2000, pp.43-49, *passim*.

[4] MALAURIE PH., *Anthologie de la pensée juridique*, 2e éd., Cujas, 2001, p.258, v° *H. Bergson* : « […] il donne aussi une nouvelle vision à la durée, replaçant le temps ; c'est sans doute le trait dominant de sa doctrine ; la seule réalité, c'est pour lui la mobilité, non l'immobilité. M. Jean Carbonnier résume : "au temps abstraitement mesuré, Bergson opposait la durée concrètement vécue, ce qui évoque l'évolution contemporaine du rôle du temps dans le droit ; par exemple la durée des contrats (déterminée ou indéterminée), surtout du contrat de travail, la prescription, surtout extinctive, etc". » ; *adde* BERGSON H., *La pensée et le Mouvant*, 2e éd., Paris, PUF, 1963, p.1254 : « La ligne est du tout fait, le temps est ce qui se fait, et même ce qui fait que tout se fait » ; sur le débat entre la soumission du temps au droit ou de la soumission du droit au temps : v. CRESP M., *Le temps juridique*, *Essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, PUAM, 2013, n°21 et s.

[5] MESTRE J., « Rapport introductif », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.5.

[6] MALAURIE PH., « L'homme, le temps et le droit de la prescription civile », préc., p.393.

Un temps long et stable semble s'opposer à un temps court et immédiat ; un temps soumis au droit paraît contredire un droit soumis au temps[7]. Un droit qui ménage des temps de latence salutaires, reposant sur le paradigme du temps long[8], cohabite avec un autre, qui ne supporte plus les longueurs inutiles, les inerties fautives, qui répare le préjudice de temps perdu[9]. La prescription, image traditionnelle de la construction du temps par le droit[10], est concurrencée par une myriade de délais rivaux par lesquels de nombreux droits se périment à l'intérieur même de son cadre, tandis que des normes imposant une réaction toujours plus rapide prolifèrent et viennent sanctionner l'absence de réaction des justiciables. Un droit qui s'intéresse, non au temps qu'ils subissent, mais à celui qu'ils prennent[11].

2. La réaction est une réponse – Étymologiquement, la réaction emprunte au latin scientifique le terme *reactio* dont la formation s'est elle-même réalisée autour du mot *actio*, « action » en latin, auquel a été ajouté le préfixe *re*[12]. Dans l'absolu, la réaction peut se définir comme une action en réponse à une autre action[13]. Sa réception linguistique a d'ailleurs été plutôt flexible, protéiforme. Il s'est d'abord agi d'un terme réservé au domaine des sciences dures. En physique, en chimie ou en médecine, la réaction désigne l'action d'un corps en réponse à celle d'un autre[14]. L'on songe à la troisième loi de Newton dont le « principe d'action-réaction » veut que chaque corps qui exerce sa force réciproquement soit d'égale intensité, de même direction et de sens opposés. C'est de là que la réaction puise son imaginaire d'immédiateté, d'instantanéité, de nécessité. Ce n'est que par la suite que la réaction a glissé vers les sciences humaines. À lire la définition qu'en retiennent l'Histoire et les sciences politiques, la réaction relève davantage de la riposte. Elle se définit comme une tendance à préférer l'ordre ancien,

---

[7] CRESP M., *loc. cit.*

[8] CARBONNIER J., *Flexible droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 5e éd., LGDJ, 1983, Titre III, Chap. XII, p.153 et s. ; sur la chimère de l'intemporalité du droit : MALAURIE PH., « Rapport de synthèse » *in Le temps et le droit*, LexisNexis, Colloques & débats, p.110 ; ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, n°7, p.47.

[9] STOFFEL-MUNCK PH., « Deux innovations : la réticence légitime à bien exécuter sa prestation et le préjudice de temps perdu », Comm. com. électr., n°6, 2004, comm. 77.

[10] KLEIN J., *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013, n°2, p.2.

[11] BARBIER H., « Rapport de synthèse », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.69 ; *adde* : HÉBRAUD P., « Observations sur la notion de temps en droit civil », préc., p.7 : l'auteur distingue également le « temps subit » du temps « dont on se sert ».

[12] ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd., 1935-2022, v° *réaction.*

[13] LE ROBERT, *Dictionnaire*, Poche, 2018, v° *réaction* ; LITTRÉ É., *Dictionnaire de la langue française*, Paris, version numérique, v° *réaction.*

[14] REY A. (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Dictionnaires Le Robert, Tome II, v° *réaction*.

comme un mouvement d'idées tendant à rétablir l'antérieur sur le nouveau. Ici, la réaction cherche à rectifier, à s'opposer, à apporter une réponse inverse à l'idée de progrès[15]. Autrement dit, elle cherche à combattre le temps qui vient. Ce n'est qu'à partir de la fin du XVIIIe siècle[16] que la réaction prend son sens courant pour désigner l'attitude, le comportement suscité chez un individu par une action extérieure[17]. Sa connotation de rapidité émerge alors dans le sens figuré de ses dérivatifs : est réactive la personne qui réagit « rapidement[18]» à une circonstance ; fait preuve de réactivité la personne qui, dans le monde de l'entreprise, réagit « rapidement[19]» face à un changement de situation. Le temps devient l'unité de mesure de la réaction, qui se présente comme une qualité, une compétence professionnelle appréciable. La réaction est donc la réponse, plus ou moins rapide, physique ou psychique, d'un individu face à une action. On le voit, chaque branche scientifique a son approche de la réaction : la physique, la mécanique, la biologie, la médecine, mais aussi la science et la philosophie politiques, l'histoire, la gestion ou la psychologie. En revanche, aucune trace dans les dictionnaires d'une définition proprement juridique de la réaction. D'intuition, ce ne serait pas la peine. Il s'agirait de tout acte ou fait juridique de nature à répondre à une action ayant elle-même des effets juridiques. Le contractant qui communique une information à celui qui le lui demande, l'époux qui demande le divorce à la suite d'une altercation ou le plaideur insatisfait qui interjette appel, et même l'automobiliste qui s'abstient de stationner son véhicule après avoir aperçu un panneau l'interdisant[20], réagissent tous juridiquement. Une telle définition est recevable, mais pourra apparaître insatisfaisante. Elle ne rend pas compte de la spécificité de la réaction juridique. À s'y tenir, tout, en droit, est un enchaînement d'actions et de réactions. Une telle approche conduirait par ailleurs à revêtir le devoir de réaction d'un caractère tautologique puisqu'il reviendrait à dire qu'un justiciable a le devoir de faire ce qu'il doit faire sans davantage de précision. Le contractant doit exécuter ses obligations, l'époux, ses devoirs et le plaideur, ses diligences : en un mot, ils ont

---

[15] STAROBINSKI J., *Action et Réaction - Vie et aventures d'un couple*, Seuil, 1999, p.285 et s.
[16] REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome III, Le Robert, 2012, v. *réagir*.
[17] ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, préc. : v. *réaction*, II ; le sens courant du mot réaction n'apparait d'ailleurs qu'à partir de l'édition de 1935. Il est absent de l'édition de 1878 bien qu'il figure dans le dictionnaire de la langue française d'Émile Littré (1873-1877).
[18] *Ibid.* : v° *réactif-réactive sens fig. :* l'adjectif « réactif », au sens courant, est un adjectif qui désigne ce qui réagir, produit une réaction. Il n'y a pas nécessairement de connotation de rapidité. C'est dans ce sens que nous l'utiliserons dans la suite de l'étude (REY A. (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, préc., v° *réactif*).
[19] BRESSY G., KONKUYT CH., *Management et économie des entreprises*, 12e éd., Sirey, 2018, p.36 et spéc. p.64 : « La réactivité de l'entreprise est sa vitesse de réaction aux changements de son environnement ».
[20] SÉRIAUX A., *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020, pp.12-13.

l'obligation de respecter la loi. En cherchant plus précisément, la réaction juridique semble pourtant revêtir un sens particulier. Elle désigne la réponse législative[21] ou judiciaire[22] apportée à un phénomène déterminé. Dans le même ordre d'idée, mais en miroir, un « contrat de réaction[23] » désigne celui destiné, aux frontières de la fraude, à contourner une règlementation impérative. Dans les deux cas cependant, une telle conception de la réaction juridique ne s'intéresse pas à la réaction des justiciables. En ce sens, dans sa thèse de doctorat, le Professeur Philippe Stoffel-Munck utilise l'expression de « réaction juridique[24]» pour désigner le déclenchement abusif d'un droit. La réaction juridique se retrouve, le plus souvent, sous les plumes décrivant l'idée de sanction[25], de réplique[26]. Assurément, il existe *la réaction en droit*, qui présente un intérêt descriptif par l'image qu'elle offre, et la *réaction juridique* des institutions, mais surtout du justiciable qui, elle, peut faire l'objet d'une définition propre et servir de support au devoir de réaction. Il s'agirait d'une réaction *du* droit ou *par* le droit, face à une action préexistante. La notion n'est, toutefois, pas suffisamment délimitée pour en offrir, à ce stade de l'étude, une définition précise. Face à la nouveauté doctrinale des termes du sujet, l'édifice reste entièrement à bâtir. Le travail de définition fera partie intégrante de l'étude[27] et devra être induit d'un certain nombre d'observations préalables.

---

[21] AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 18e éd., Sirey, 2021, n°91, p.91, spéc. note n°1 : soulignant la nécessité, « dans un monde de plus en plus fluctuant, de réagir rapidement à telle ou telle situation nouvelle » et expliquant ainsi le recours aux ordonnances. MACKAAY E., ROUSSEAU S., LAROUCHE P., PARENT A., *Analyse économique du droit*, 3e éd., Dalloz, 2021, n°27, p.9 : la réaction juridique est ici illustrée par la réaction législative face aux pratiques abusives de la grande distribution ; *idem* MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, 4e éd., Sirey, 2017, n°27, p.9 ; HENNETTE-VAUCHET S., ROMAN D., *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, 3ème éd., Dalloz, 2017, n°269, p. 361 : illustration par la réaction juridique de l'après-guerre devant les atrocités de la Seconde Guerre mondiale et les possibilités offertes par la situation internationale.

[22] SÉRIAUX A., *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n°254, p.244.

[23] MALAURIE PH., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, 2018, n°42, p.43 : les auteurs prennent l'exemple de la convention d'occupation précaire pour échapper au statut spécial des baux et des contrats de stage pour échapper à la règlementation du travail.

[24] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n°42, p.50 : « L'intention de nuire est ici esprit de haine. Et c'est finalement le mobile qui apparaît comme le critère réellement déterminant de la réaction juridique » ; plus loin, l'auteur utilise l'expression pour désigner, cette fois-ci, la réaction normative, la réaction du *droit face à* : n°345, p.289, et n°346, p.291.

[25] Le Professeur Catherine Thibierge explique ainsi, dans une préface, que « la sanction est une réaction au sens juridique » : THIBIERGE C., préface, *in* SINTEZ C., *La fonction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préf C. Thibierge, Dalloz, 2011, p. XVI ; v. également en ce sens : JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, 10e éd., Dalloz, p.2 ; LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, Dalloz, n°010.12, p.14 et n°3213.42, p.1435 ; BOSCO D., « Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives : observations sur la question des "clauses abusives" », *in L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, Dalloz, 2018, n°2.26, p.23.

[26] STOFFEL-MUNCK PH., « Les répliques contractuelles », RDC 2010, n°1, p.430.

[27] V. *Infra*, n°110.

3. Le devoir de réaction est un temps de réponse – Si la notion de réaction juridique est difficile à cerner, celle de « devoir de réaction » se dessine avec davantage de précision. Le droit public allemand utilise ainsi le *Reaktionspflicht* pour imposer au juge constitutionnel de réagir face à une mesure allant à l'encontre de l'identité constitutionnelle du pays[28]. Cet imaginaire de riposte se retrouve également en droit privé français, où le terme de « devoir de réaction » est utilisé, le plus souvent de manière imagée, pour désigner l'inertie fautive d'un individu vis-à-vis d'un intérêt qu'il devait protéger. Plus précisément, en droit des contrats, la notion s'est surtout affinée autour des situations dans lesquelles le titulaire d'un droit subjectif en est déchu pour ne pas s'en être prévalu en temps utile. À mesure de son développement croissant dans le droit vivant, plusieurs auteurs ont commencé à le remarquer. Les écrits doctrinaux, depuis quelques années, se multiplient à son sujet. Si l'image du devoir de réaction avait été utilisée par le passé[29], ce n'est que très récemment que des auteurs l'ont avancée comme un véritable devoir juridique et autonome. Le Professeur Thomas Clay, à l'occasion de l'affaire *Tecnimont*, dans laquelle une partie à l'arbitrage a été déchue du droit de se prévaloir d'une irrégularité de constitution du tribunal arbitral pour ne pas l'avoir soulevée à temps, a avancé l'idée qu'un devoir de réaction absorbait l'obligation de révélation de l'arbitre en empêchant une récusation demandée tardivement[30]. Puis, le Professeur Hugo Barbier a proposé d'étendre le raisonnement à l'ensemble du droit des contrats en proposant de définir le devoir de réaction comme « l'exigence de tirer promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle illicite[31]». Dans le même temps, les études fleurissent autour de notions qui gravitent autour du devoir de réaction, comme les déchéances[32] et les incombances[33], s'interrogeant sur les possibilités toujours plus

---

[28] FOURMONT A., « L'identité constitutionnelle allemande à l'aune de la décision du 21 juin 2016 », Constitutions 2016, p.414.

[29] KULLMAN J., « Absence de réaction de l'assureur auprès de l'assuré », note sous civ. 1ère, 6 décembre 1994, RGDA, n°1995-1, p.57 ; JARROSSON Ch. : « Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitre », note sous Paris 19 mai 1998, 3 déc. 1998 et 19 janvier 1999, Rev. Arb. 1999, p.601, spéc. n°15.

[30] CLAY Th., « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », Cahiers de l'arbitrage, 2014, n°3, p.547 ; CLAY Th., « Tecnimont, saison 5 : la dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction », Cahiers de l'arbitrage, 2016, n°2, p..447 ; CLAY TH., « Tecnimont Saison 6 : entre action et réaction », note sous Cass. 1ère civ. 19 décembre 2018, n°16-18.349, Cahiers de l'arbitrage, 2019, n°3, p.401.

[31] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », RTD Civ., 2016, p.856 : note sous Paris 12 avril 2016 et civ. 3e, 13 juillet 2016.

[32] LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas, 2008.

[33] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2015.

nombreuses pour les contractants de perdre un droit, d'être sanctionnés sous prétexte de ne pas avoir accompli tel ou tel acte ou comportement. Depuis, de nombreux auteurs utilisent l'expression dans leurs ouvrages[34] ou en discutent dans des colloques[35]. Tous constatent un mouvement de pression sur les contractants pour l'exercice de leurs droits. Dans leur sillage, l'étude propose de traiter et de systématiser ce phénomène qui semble en plein essor. Prenons quelques exemples : du bénéficiaire d'un pacte de préférence menacé de perdre son droit pour ne pas avoir répondu dans un délai raisonnable à une action interrogatoire ou du créancier déchu de sa clause résolutoire pour avoir tardé à la mettre en œuvre, à la partie à l'arbitrage qui se retrouve dans l'impossibilité de contester une irrégularité de constitution du tribunal arbitral pour ne pas s'en être prévalu en temps utile en passant par l'employeur dont l'inertie a été sanctionnée sur le fondement de son obligation de sécurité, les situations dans lesquelles l'absence de réaction d'un contractant dans l'utilisation de ses droits subjectifs est sanctionnée se multiplient. Que partagent en commun ces situations ? Elles sont le résultat d'une exigence qui s'intéresse au temps pris par l'individu pour réagir, au temps entre l'action préalable et la réponse apportée par le contractant. Si le terme de réaction est *a priori* neutre, c'est son caractère contraignant que lui confère le droit qui lui donne toute son intensité. Lorsque la réactivité passe de la simple qualité au devoir, l'aspect temporel et son corollaire de rapidité retrouvent une place centrale, puisque c'est à sa lumière qu'il sera sanctionné. Si la réaction est devenue contraignante, c'est parce que le temps s'est immiscé en elle. Ce sont précisément les raisons de ce passage qui seront analysées dans les lignes qui suivent en ce que son essor est le résultat d'un contexte économique et social donné (**I**), avant d'en délimiter la méthode de l'étude (**II**).

---

[34] LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, 12e édition, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2017, n°3124.171, p.1374 ; KENFACK H., *Droit du commerce international*, 6e édition, Dalloz, Mémentos, 2017, p.76 ; DREYSSÉ D., *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Dalloz, 2021, n°359, p.369.

[35] ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE, *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3 ; *spéc.* : LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *préc.*, p.38.

I. Les raisons de l'essor du devoir de réaction

4. Le passage progressif d'une qualité appréciable à un devoir juridique – Le droit des contrats n'a pas échappé à la modernité et à son cortège de valeurs. La matière s'est, en effet, de plus en plus intéressée aux contractants et à l'étude du bien-fondé social, moral ou économique de leur comportement[36] faisant alors émerger de nouveaux devoirs et obligations en reflet des considérations d'une époque donnée[37]. L'essor du devoir de réaction du contractant ne résiste pas à ce constat et s'inscrit aussi dans un contexte temporel, économique et social bien défini. Un tel phénomène n'est, cependant, pas nouveau. Le droit a, par le passé, cherché à sanctionner l'absence de réaction des contractants. Soit, d'abord, en organisant leur réactivité pour mieux sanctionner l'inertie de celui qui avait la possibilité de réagir, comme en témoigne, par exemple, la loi rhodienne du jet-à-la-mer, que l'on retrouve chez les romains, et qui permettait au capitaine du navire de jeter quelques marchandises par-dessus bord en cas de tempête dans la mesure où les propriétaires supportaient ensemble les pertes[38]. La règle trouvera de lointains échos, non seulement dans la théorie des avaries communes[39], mais aussi dans le célèbre adage de Loisel, « qui peut et n'empesche pèche » dont l'esprit se retrouve finalement dans la faute d'abstention[40] du Code civil de 1804[41]. Soit, ensuite, et c'est sa forme la plus visible, en faisant produire des effets à l'absence de réaction par des mécanismes de déchéance ou d'extinction. Historiquement, les antiques prescriptions extinctives n'avaient pas toutes pour unique but de consolider une situation de fait ou de reposer sur un fondement d'utilité sociale[42]. Les Grecs connaissaient, en effet, des délais extinctifs rassemblés sous le terme de « jour fixé », d' « échéance[43] ». Certains étaient particulièrement courts : les différends nés de l'estimation des biens à rembourser aux

---

[36] FAGES B., *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997 ; CHAZAL J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? » *in* MAZEAUD D., JAMIN C. (dir), *La nouvelle crise du contrat*, 2001, Dalloz, pp.99-203 ; FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, essai d'une théorie, préf., J. Ghestin, LGDJ, 1992 ; PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, Paris, 1989.
[37] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°142, p.125.
[38] SZRAMKIEWICZ R., DESCAMPS O., *Histoire du droit des affaires*, 3e éd., LGDJ, 2019, n°34, p.43.
[39] DELEBECQUE PH., *Droit maritime*, 14e éd., Dalloz, 2020, n°1028, p.831.
[40] BRUN PH., *Responsabilité civile extra-contractuelle,* 5e éd., LexisNexis, 2018, n°314 et s., pp.212-213 ; sur le lien avec l'adage de Loisel : BRUN PH., « Responsabilité du fait personnel », *in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2015*,* n°26.
[41] Art. 1383, C. civ. (anc.); art. 1241, C. civ.
[42] Pour l'exclusion de la prescription extinctive comme fondement du devoir de réaction : v. *Infra*, n°133.
[43] CASSAYRE A., *La justice dans les cités grecques, De la formation des royaumes hellénistiques au legs d'Attale*, PUR, 2010, p.235.

anciens bannis imposaient une réaction avant soixante jours[44] tandis qu'une seule année était offerte pour régler des litiges entre certaines cités[45]. Les romains, en revanche, connaissaient le règne du temps long : la *longi temporis praescriptio*, interdépendante avec sa forme acquisitive[46], cherchait en partie à pénaliser la négligence prolongée du détenteur de l'action réelle[47]. Peu à peu, la sanction de l'inertie est sortie du cadre des actions réelles pour englober, à partir du Ve siècle, l'entièreté des actions[48]. Mais les délais étaient toutefois si longs qu'il ne nous semble pas possible de parler d'un devoir de réaction. Le droit coutumier du Moyen-âge était d'ailleurs sur la même ligne : « qui a mangé l'oie du roi du roi, cent ans après en rend la plume » disait encore Loisel[49]. Néanmoins, dans le même temps, on se prévalait d'adages comme « *jura vigilantibus, tarde venientibus ossa*[50]» ou « *jura vigilantibus, non dormientibus prosunt*[51]». Le Code Napoléon vint offrir, par la suite, des délais de prescriptions très courts : de 6 mois pour les hôteliers, d'une seule année pour les huissiers. Des délais non-identifiés venaient déjà les concurrencer : l'article 1648 du même code imposait déjà à l'acheteur de réagir « à bref délai » pour dénoncer un défaut apparent de la marchandise. Indéniablement, cet esprit de réactivité souffle depuis le monde du commerce. Son besoin d'efficacité, de rapidité, engendrait déjà de nouvelles normes de comportement. L'idée d'un devoir de réaction a grandi avec l'essor du commerce, et ses traits principaux se sont progressivement manifestés au fil du XXe siècle. Demogue érigeait le principe de l'économie de temps et d'activité comme une notion fondamentale du droit privé, et signalait les premiers symptômes d'une accélération du rythme juridique en matière commerciale. Après avoir remarqué que « cet intérêt de l'économie d'activité, de la rapidité des affaires, exige le règlement prompt de toutes les difficultés », il constatait, en revanche, que « cette loi d'économie opère par petites modifications et sans vue

---

[44] *Ibid*., p.237.
[45] *Ibid*., p.236 : l'historienne n'hésite d'ailleurs pas à qualifier de tels délais de « prescription » et de « forclusion ». De tels délais avaient pour objectif d'apaiser les tensions entre certaines cités, mais aussi de permettre un prompt traitement des affaires juridiques.
[46] GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, 3e éd., LGDJ, 2009, p.239 et s. ; *adde* ZENATI F., « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD Civ. 1996, p.339.
[47] CHEVREAU E., *Le temps et le droit : la réponse de Rome : l'approche du droit privé,* préf. M. Humbert, De Boccard, 2006, p.98.
[48] *Ibid*., p.121 ; sur la reprise de la prescription extinctive par l'empereur Justinien, v. p.141.
[49] BART J., *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX siècle*, 2e éd., Montchrestien, 2009, p.242.
[50] ROLAND H., *Lexique juridique des expressions latines*, 7e éd., LexisNexis, 2016, p.175 : « Aux vigilants les droits, aux retardataires les os ».
[51] *Ibid.* : « Les droits profitent à ceux qui veillent, non à ceux qui dorment ».

d'ensemble[52]». Force est de constater que ces petites modifications se sont multipliées et apparaissent aujourd'hui plus clairement à l'œil du juriste. Les règles de droit imposant une réaction, le plus souvent prompte, aux contractants se sont propagées, sont sorties de leur cadre naturel qu'était le négoce, et appellent une réflexion sur les causes d'un tel essor, sur ce passage d'une exigence ponctuelle à un mouvement général.

5. Le devoir de réaction est un fruit de l'accélération sociale – L'accélération, au-delà d'être un thème philosophique et littéraire récurent[53], est un concept scientifique. Les sciences humaines et sociales, principalement, ont d'abord tenté de la décrire et de la saisir à travers la sociologie et l'économie[54], puis les historiens[55] et les juristes[56] s'en sont saisis à tel point qu'aucune branche d'étude scientifique ne semble épargnée par le constat de « l'accélération du temps, de la compression du temps, induites par la mondialisation et le fonctionnement en temps réel de l'économie[57]». Depuis la seconde moitié du XXe siècle, l'accélération est le mot privilégié pour désigner ce phénomène commencé sous la révolution industrielle et qui n'a cessé, depuis, de s'accentuer au gré des évolutions technologiques. L'accélération vise à décrire les mouvements toujours plus rapides de la société moderne perçus à la fois grâce à l'expérience subjective du temps social et à la description objective des structures dynamiques des sociétés. Les travaux les plus célèbres sur ce phénomène sont ceux du

---

[52] DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, La mémoire du droit, 1911, réed. 2011, p.115 ; *adde* DEMOGUE R., *Traité des obligations en général* T.I, Rousseau, 1923, n°184 : « […] par la force des choses, le droit a plus de respect pour celui dont le droit a été mis en œuvre et utilisé, que pour celui qui le laisse sommeiller ».

[53] Parmi les œuvres littéraires qui traitent directement de l'accélération du temps, quelques exemples non-exhaustifs : MORAND P., *L'homme pressé*, L'imaginaire Gallimard, 1941, réed. 1990 ; BERNANOS G., *La France contre les robots*, Le livre de poche, 1947, réed. 1999 ; VIRILIO P., *Le Grand accélérateur*, Galilée, 2010.

[54] SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui,* première série, Panorama des mutations, 3e édition, Dalloz, Paris, 1964, n°8, p.13.

[55] HALÉVY D., *Essai sur l'accélération de l'histoire*, éditions de Fallois, Paris, 2001, *passim*.

[56] SAVATIER R., « Le droit et l'accélération de l'Histoire », D.1951, Chronique p. 32 ; voir également : TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 11e éd., 2019, n°353, p.382 ; GÉRARD P., OST F., VAN de KERCHOVE M. (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2000 ; TERRÉ F., « Esquisse d'une sociologique juridique de la commercialité », *in Études dédiées à René Roblot, Aspects contractuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif*, LGDJ, 1984, p.15 ; TEFFO F., *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Thèse, Dalloz, 2014, n°146, p.64 ; BENINCÀ A., DELMAS-MARTY M., « L'imaginaire et le droit face à un monde déboussolé, Délibérée, 2022/1, p.19, n°6. Le constat est le même en droit public : VIDAL-NAQUET A., « Avant-propos », *in Le provisoire en droit public,* Dalloz, 2009, p. IX : « Cette accélération n'est pas nécessairement synonyme de provisoire. Mais elle emporte le raccourcissement du temps juridique et la dévalorisation de la durée. Le temps devient plus court. Il n'est alors nul besoin de rechercher la durée, encore moins l'éternité ; il suffit de s'adapter à ce temps bref et changeant ».

[57] AUBERT N., *Le culte de l'urgence, La société malade du temps*, Essais, Champs Flammarion, 2003, p.22.

sociologue Hartmut Rosa. Ils décrivent minutieusement les structures temporelles, les raisons de l'accélération et sa pénétration dans l'intégralité du corps social. L'auteur fait notamment le lien entre l'accélération technique et technologique, qui renvoie au rythme croissant de l'innovation dans les domaines des transports, de la communication et de la production, et l'accélération du changement social qui, inévitablement, finit par accélérer le rythme de vie des individus[58]. La description de ces trois rythmes amène au constat qui a ceci de paradoxal : l'accélération technique, en permettant d'accomplir certaines tâches plus rapidement, aurait dû, en principe, libérer du temps et en offrir davantage aux individus. Or, la perception du temps semble au contraire s'accélérer et le rythme de vie s'intensifier en dépit du taux d'accélération technique[59].

6. Le stimulant du devoir de réaction : les évolutions technologiques – L'essor des nouvelles technologies, et plus particulièrement dans le domaine du numérique, a considérablement réduit les notions d'espace-temps et a permis à l'Homme de toucher du doigt son rêve d'anéantir le temps, de le maîtriser sans le subir. Les grands bouleversements du numérique sont ainsi décrits comme une possibilité de « gagner du temps, de se libérer de l'astreinte d'une présence physique, de vivre selon le rythme du désir immédiat, dans une illusion d'abolition du temps[60]». La technologie est à l'origine de la situation paradoxale selon laquelle, d'un côté, elles permettent de « libérer l'individu de son assujettissement au temps[61]», mais de l'autre, d'intensifier « l'obligation de réactivité immédiate dont il est l'objet[62]». Cette accélération induite par les nouvelles technologies n'a pas échappé aux juristes. Savatier a tout d'abord souligné l'accélération de la production normative face à la rapidité de changements sociaux en démontrant que

---

[58] ROSA H., *Accélération, Une critique sociale du temps*, La découverte/poche, 2011 ; voir également en ce sens : AUBERT N., « Introduction », *in* AUBERT N. (dir.), *La recherche du temps. Individus hyper connectés, société accélérée : tensions et transformations*, ERES, 2018, pp.7-8. ; LAÏDI Z., *Le sacre du présent*, Flammarion, 2000.

[59] DOLLO CH., GERVASONI J., LAMBERT J.-R., PARAYRE S., *Sciences sociales*, Sirey, 9e éd., 2020, p.590 : prenons quelques exemples tirés de l'ouvrage cité : « Et paradoxalement, alors que la technique devrait libérer l'être humain des contraintes qui pèsent sur ses possibilités de produire, elle intensifie les rythmes de vie. L'automobile, par exemple, a permis de raccourcir les distances au regard de celles qui pouvaient être parcourues à pied. Mais les distances parcourues ont été allongées. De même, les frontières entre vie professionnelle et vie privée ont été gommées par les communications électroniques qui ne permettent plus de couper la communication ».

[60] AUBERT N., *Le culte de l'urgence, La société malade du temps*, *op. cit.*, p.61.

[61] *Ibid*, p.53.

[62] *Ibid.*

le droit participe lui-même à l'accélération de l'histoire[63]. De l'accélération du droit à celle des droits subjectifs, il n'y avait donc qu'un pas[64]. C'est ainsi que les juristes se sont intéressés à l'accélération des rythmes juridiques[65]. Sans surprise, ces derniers sont soutenus, alimentés, amplifiés par les évolutions technologiques qui conduisent de plus en plus au règne du temps instantané[66], notamment sur l'Internet[67], qui transporte avec lui son lot de problématiques et de bouleversements juridiques inédits. La révolution du numérique a causé, pêle-mêle, l'accélération des procédures, du formalisme, de l'échange des consentements ou encore une prompte circulation des biens et des informations[68]. L'accélération induite par les nouveaux moyens techniques se répercute incidemment dans la règle de droit, dans le comportement exigé des justiciables et stimule la réactivité au sein des relations contractuelles[69] au point de la transformer en devoir. La rapidité de traitement qu'elle permet et favorise réduit nécessairement les temps de réaction. Ainsi, les délais de prescription et de forclusion sont, dans certaines matières, systématiquement abrégés[70], la prolifération du standard du « raisonnable » adossé à certains délais s'analyse et s'apprécie en partie à l'aune du développement technologique. Les romains calculaient ainsi le *quantum* d'un délai par rapport à l'espace, qui s'allongeait ou se raccourcissait à la faveur des progrès techniques dans la domestication du territoire impérial[71]. À l'heure de la mondialisation, où les contraintes de l'espace sont quasiment

---

[63] SAVATIER R., « Le droit et l'accélération de l'Histoire », *art. préc.*, p. 32 ; CARBONNIER J., *Flexible droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit*., p.154 : « Ce pourrait être une caractéristique de notre temps que le droit, pour la première fois, participer à l'angoisse historique ».

[64] CARBONNIER J., *Flexible droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit*., p.160.

[65] KLEIN J., « Le rythme juridique du temps », *in Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.73 ; CHANTEPIE G., « De la nature contractuelle des contrats-types », RDC, 2009, n°3, p.1233 ; TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, *op. cit.,* n°353, p.382 ; en droit de la procédure civile v. : AMRANI-MEKKI S., *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, n°4, p.6.

[66] MESTRE J., « Rapport introductif », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *préc*., p.5 : « C'est une banalité que d'observer le bouleversement produit par le numérique dans les rythmes, un numérique qui conduit de plus en plus au règne du temps réel. »

[67] BARRAUD N., « Internet et temps du droit », RLDI 2016, n°3929.

[68] MESTRE J., *loc. cit*. : L'électronique accélère les procédures, la digitalisation accélère la tenue des conseils d'administration ou encore les immatriculations de sociétés, les algorithmes livrent leurs solutions de manière quasi-instantanée » ; *adde* : DOCHY M., *La dématérialisation des actes du procès civil*, préf. M. Nicod, Dalloz, 2021, n°242, p.227.

[69] HOUTCIEFF D., « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », Réactivité et adaptation dans la vie des affaires, préc., p.9 : « Somme toute, la réactivité est aujourd'hui doublement stimulée en droit contemporain des contrats. Le développement des nouvelles technologies renforce l'efficacité de la convention en recourant à une forme moderne et virtuelle d'automatisation » ; LE TOURNEAU PH., *Contrats du numérique*, Dalloz, 2021, n°011.33.

[70] KLEIN J., « Le rythme juridique du temps », *préc.*, p.75 : « Le temps des affaires, par exemple, est placé sous le signe de la rapidité : les délais de prescription y sont systématiquement abrégés ; les valeurs mobilières sont dématérialisées pour permettre leur circulation instantanée ».

[71] CHEVREAU E., *Le temps et le droit : la réponse de Rome : l'approche du droit privé,* th. préc., p.151.

supprimées, les temps de réaction exigés sont nécessairement plus courts. Par exemple, le délai raisonnable de réponse attendu à la suite de la mise en œuvre d'une sanction de l'inexécution à l'heure des courriers électroniques instantanés n'est peut-être plus le même, dans l'esprit des parties et des juges, qu'à l'époque du courrier papier. Bientôt, les *smarts-contracts*, sur la *blockchain*, permettront encore l'instantanéité des réactions des contractants[72]. Autre exemple, le régime de responsabilité du fournisseur d'hébergement dans le cyberespace est en train de glisser d'une irresponsabilité de principe à un devoir de vigilance accru imposant au fournisseur une réactivité de tous les instants et qui, précisément, dispose désormais des moyens techniques pour filtrer les contenus téléversés[73]. Autrement dit, c'est précisément parce que la machine permet une vigilance accrue que le régime de responsabilité s'endurcit[74]. Les technologies portent en elles une véritable nécessité d'adaptation, une injonction à conformer son comportement à ce qui est matériellement possible. Elles influencent directement les modes de pensée, de croyance, de transmission et aboutissent à transformer nos conceptions et nos limites[75]. Cette accélération du rythme juridique est une réponse tantôt voulue, tantôt subie à l'accélération sociale induite par les nouvelles technologies, une réponse répercutant ses exigences sur le comportement des sujets de droit et plus particulièrement des contractants. Le comportement exigé ne peut dès lors qu'évoluer selon des exigences issues d'une conjoncture nouvelle dont les nouvelles technologies expliquent en partie l'essor. La réactivité n'est pas seulement stimulée par les nouvelles technologies : c'est le système économique sur lequel elles s'appuient qui fournit la seconde impulsion à l'émergence d'un devoir de réaction.

7. Les stimulations économiques du devoir de réaction : l'économie de marché – Les différentes révolutions techniques ne peuvent se comprendre sans une description du système économique qui les sous-tend et dans lequel elles évoluent. Le modèle de concurrence qu'il porte avec lui conduit les acteurs économiques à rechercher

---

[72] CATTALANO G., « Smarts contracts et droit des contrats », AJ contrat 2019, p.321 ; v. également : HOUTCIEFF D., « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.9.

[73] POULLAUD-DULIAN F., « Téléversement et responsabilité des prestataires de services de l'Internet : encore et toujours l'article 17 de la directive n°2019/790 », RTD Com., 2021, p.77.

[74] LE TOURNEAU PH., « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *in Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985 n°3, p. 350 : L'immédiateté permise par les nouvelles technologies de l'informatique a considérablement accru la responsabilité des professionnels.

[75] DEBRAY R., *Introduction à la médiologie*, PUF, 2000 ; *adde* DEBRAY R., *Civilisation*, Gallimard, 2017, p. 121.

une économie de temps puisque « toute économie de temps se traduit positivement en termes d'avantages concurrentiels[76]». C'est en gagnant du temps que l'on conquiert de nouveaux espaces, et donc, de nouveaux marchés[77]. Les innovations techniques qui en découlent, notamment dans les télécommunications, orientent vers une plus grande efficacité des échanges par l'immédiateté des réponses et des interactions et ce, à tous les stades de l'économie[78]. La recherche de la vitesse et de l'efficacité touche tous les domaines : entreprise, monde du travail, relations personnelles. Autant de domaines où le contrat est omniprésent, où le temps paraît s'accélérer. La double impulsion des logiques du marché et des nouvelles technologies se traduisent, en droit, par une exigence accrue de réactivité permettant non seulement d'accroître l'efficacité des échanges mais aussi de les moraliser[79].

8. Les stimulations philosophiques du devoir de réaction : adapter l'individu à la modernité – L'accélération, la technique, le marché apportent une modification profonde du rapport de l'individu au temps. Derrière le constat matériel se profile l'aspect intellectuel de cette révolution. L'économie libérale et classique, puis néo-classique, part de l'axiome selon lequel la liberté de l'individu, guidé par son intérêt personnel et par la recherche du maximum d'utilité, le pousse à adopter un comportement forcément rationnel conduisant à des échanges aussi justes qu'efficaces. C'est le très célèbre modèle de l'*homo economicus* sur lequel repose la théorie économique libérale[80]. Pour certaines écoles de pensées toutefois, le modèle de l'*homo economicus* est

---

[76] CORNELOUP S., « Le temps et le droit international privé », in. *Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.23.

[77] FRIEDMAN T. L., *Merci d'être en retard, Survivre dans le monde de demain*, Perrin, Coll. Tempus, 2021, p.98 ; GIRARD-GAYMARD T., *Les opportunités d'affaires en droit privé*, préf. H. Barbier, PUAM, 2020, n°5, p.6.

[78] C'est ce que certains auteurs appellent la « financiarisation de l'économie » : FRISON-ROCHE M.-A., « La distinction entre la régulation économique et la régulation financière », *in* Special Issue Finance, The Journal of Regulation n°3, 2010, p.1 ; pour un aspect plus critique : LYON-CAEN A., URBAN Q., « Avant-propos » *in La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012, p.1

[79] V. *Infra*, n°41, n°157 et s. et n°188 et s.

[80] Les économistes justifiaient et justifie encore son recours non par référence à sa réalité empirique mais parce que cette modélisation du réel permet de parvenir à des prédictions correctes à partir d'un ensemble réduit d'hypothèses ; DOLLO CH., BRAQUET L., CHAVOT-DOLCE D., GINESTE N., *Économie*, 6e éd., Sirey, 2016, p.16 : l'idée de l'agent économie trouve ses origines dans la pensée économique classique et des théories de l'autorégulation du marché dont le père fondateur est Adam Smith. ; voir également en ce sens : EKELAND I., ELSTER J., *Théorie économique et rationalité*, Vuibert, 2011, p.7.

insatisfaisant. Des psychologues[81], juristes[82] ou économistes[83] ont ainsi exclu ou, du moins, repensé l'axiome principal. En effet, la rapidité avec laquelle surviennent les évolutions techniques empêcherait de croire à la rationalité de l'individu. Leur constat est le suivant : l'Homme ne peut plus être rationnel dans un monde qui s'accélère et se complique aussi rapidement[84], où les changements techniques se produisent plus rapidement que les changements sociaux, si bien que l'individu s'y adapterait difficilement[85]. Pour les nouveaux libéraux, la règle de droit doit précisément avoir pour fonction de réadapter l'ordre social aux transformations technologiques et accélérées du monde contemporain. Grâce aux interventions des institutions dans les rapports privés, ce courant de pensée s'est donné pour mission de prendre en charge l'adaptation des individus en modulant dans le bon sens leurs manières d'agir, de réagir[86]. Si l'individu s'adapte en réagissant, sa rationalité suivra et les échanges gagneront en efficacité. Des économistes constatent aujourd'hui une nécessité d'adapter le changement social au changement technique, en accélérant le dynamisme des systèmes sociaux dont fait partie le droit[87]. La réaction s'impose alors comme le comportement adaptatif par excellence : s'adapter à l'accélération et aux nouvelles technologies impose aux individus une réaction

---

[81] KAHNEMAN D., *Système 1/Système 2. Les deux vitesses de la pensée*, trad. R. Clarinard, Flammarion, 2012.

[82] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n°105, pp. 127-128 ; ZAGORSKI W., *Introduction aux doctrines juridiques du XXe siècle*, PUF, 2022, n°78, p.121

[83] THALER R. H., *Misbehaving, les découvertes de l'économie comportementale*, trad. Ch. Jaquet, Seuil, 2018 ; v. analyse économique comportementale : n°XXX.

[84] GÉRARD P., OST F., VAN de KERCHOVE M. (dir.), *L'accélération du temps juridique*, *op. cit.*, p.34.

[85] STIEGLER B., *« Il faut s'adapter », Sur un nouvel impératif politique*, Essais *NRF*, Gallimard, 2019, *passim* : v. également en ce sens : DARDOT P., LAVAL CH., *La nouvelle raison du monde, Essai sur la société néolibérale*, La Découverte, 2009 ; BOLTANSKI L., CHIAPELLO E*., Le nouvel esprit du capitalisme*, Tel, Gallimard, 2011, *passim* ; DE GAULEJAC V., HANIQUE F., *Le capitalisme paradoxant*, *op. cit.*, p.7.

[86] LIPPMANN W., *La cité libre*, Les Belles Lettres, 2011 p. 283 ; voir également en ce sens : HAYEK VON F., *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980, p.99 ; SÉRIAUX A., *Le droit : une introduction*, Ellipses*,* 1997, n°63, p.48 : l'auteur résume : « Pour Hayek, par exemple, le droit se ramène à un ensemble de processus et de procédés en vue d'assurer la fiabilité de nos anticipations des conduites d'autrui et, par contrecoup, de nos propres comportements en vue de satisfaire nos fins particulières. Dès lors, le droit n'a nul besoin d'être substantiellement juste ; il faut, mais il suffit, qu'il garantisse nos prévisions. Le meilleur système juridique est, pour Hayek, celui dont les règles assurent au mieux la liberté pour chacun de poursuivre ses objectifs propres sans empêcher les autres de poursuivre les leurs »

[87] BEINHOCKER E. D., *The Origin of Wealth: The Radical Remaking of Economics and What it Means for Business and Society*, Harvard Business School Press, 2007, cité par FRIEDMAN TH. L., *Merci d'être en retard, op. cit.*, p.206: « Les technologies matérielles évoluent au rythme rapide et exponentiel de la science, tandis que les technologies sociales évoluent, elles, au rythme de la capacité de changement des êtres humains, c'est-à-dire beaucoup plus lentement. Cela provoque d'immenses troubles sociaux […]. Nous devons comprendre plus intimement comment fonctionnent la psychologie de l'individu, les organisations, les institutions, et les sociétés afin d'accélérer leur adaptabilité » ; p. 37 : « Améliorer la capacité d'adaptation de l'humanité relève à 90% de l'optimisation de l'apprentissage, autrement dit, de l'application des moteurs de l'innovation technologique à notre société et à nos systèmes sociaux (…) Le législateur doit faire de même. Il doit être aussi innovant que les innovateurs et agir à la vitesse de la loi de Moore ».

accrue. Pour résumer leurs pensées, si l'homme est en mesure de réagir plus rapidement et efficacement, il doit être incité ou contraint, par le droit notamment, à le faire. Une telle philosophie se retrouve, par exemple, à l'article 145 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Il impose aux États membres d'élaborer une stratégie coordonnée pour élaborer des marchés du travail « aptes à réagir rapidement à l'évolution de l'économie » pour atteindre les objectifs qu'elle fixe : entre autres, le développement du marché intérieur, le progrès social, scientifique et technique[88]. Elle ruisselle également sur tous les agents économiques, sur les dirigeants[89] et les salariés[90], sommés de réagir en temps réels aux signaux qui leur parviennent. Au-delà, et pour les mêmes raisons, plaideurs et magistrats sont soumis à des délais de plus en plus courts[91], face à des justiciables dont la réactivité est exigée dans des domaines de plus en plus variés. Cependant, des voix s'élèvent. Le Professeur Alain Supiot dénoncera, d'une plume critique, une « conversion du sujet en objet réactif[92]». Car la réactivité à toutes les strates de la vie sociale a de quoi inquiéter. Il y a l'individu qui s'adapte, et celui qui n'arrive plus à suivre. Un auteur expliquait qu'un temps juridique accéléré correspond à un temps plus immédiat, rapide, certes, mais aussi plus éphémère, plus précaire[93]. Un temps plus précaire, c'est un temps qui semble passer plus vite, mais aussi un temps qui précarise ce qu'il touche. Le devoir de réaction du contractant en est le fruit car il représente l'alliance du rapide et du précaire. Rapide, car les délais qui le sous-tendent sont, la plupart du temps brefs, et précaires, car l'exigence de réponse qu'il induit menace directement les droits et prérogatives des contractants. Les dérives de la réactivité sont particulièrement observables dans le monde du travail où les évolutions des techniques du management couplé à la révolution du numérique, comme nous le verrons dans la suite de l'étude[94], menace directement leur santé. La réception juridique de cette exigence de réactivité tournée vers l'économie, la rapidité et l'efficacité ne doit pas éclipser l'idée selon laquelle le droit, sans être sourd à de telles considération, poursuit d'autres objectifs. D'un point

---

[88] Art. 3, Traité sur l'Union Européenne, version consolidée, 26 nov. 2012, C 316/17.
[89] SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres*, cours au Collège de France, Fayard, 2015, p.130 ; l'information comptable est déterminante pour la prévention des difficultés de l'entreprise, notamment l'information prévisionnelle à laquelle sont soumises certaines entreprises : LE CANNU P., ROBINE D., *Droit des entreprises en difficulté*, 8e éd., LGDJ, 2020, n°22, p.20.
[90] *Ibid*, p.339.
[91] DOCHY M., *La dématérialisation des actes du procès civil,* th. préc., n°242, p.227.
[92] SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres*, *op. cit*., p.353 et s. : « La perte du sujet : la réaction substituée à l'action » ; spéc. p.359, regroupant personnes physiques et morales.
[93] OST F., « L'accélération du temps juridique », *in* GÉRARD P., OST F., VAN de KERCHOVE M. (dir.), *L'accélération du temps juridique*, *op. cit*., n°13, p.5.
[94] V. *Infra*, n°49 et s.

de vue juridique, la réactivité revêt alors une ambivalence qui, loin de se cantonner à l'efficacité des échanges commerciaux, peut également servir à améliorer l'emprise du droit et de la justice qu'il poursuit.

9. L'ambivalence du devoir de réaction saisie par le droit – La construction du devoir de réaction s'effectue à la fois dans l'ordre économique et dans l'ordre moral. Une telle ambivalence peut se comprendre. Elle se retrouve dans termes mêmes du « devoir de réaction » dont la forme verbale « devoir réagir » peut s'employer dans un contexte autre qu'économique. « Devoir réagir » est considéré comme le *leitmotiv* de la solidarité, de la justice, de l'entraide, du social, de la poursuite de l'intérêt général. Une catastrophe naturelle, une injustice criante ou encore une loi injuste entraînent toujours avec elles un appel à la réaction, à un devoir de réaction. Tantôt, il n'est que moral. L'on songe hier à Antigone refusant d'appliquer la loi injuste de Thèbes privant son frère de sépulture[95], ou aux conventionnels de 1793 qui, à l'article 35 de leur Constitution, considéraient l'insurrection comme « le plus indispensable des devoirs » face à la violation des droits du peuple par le gouvernement[96]. Plus tard, l'inertie et le silence n'ont-ils pas été décrits comme les meilleur adjuvants des grands totalitarismes du XXe siècle ? Aujourd'hui, l'on songe aux exhortations à réagir face au risque climatique[97], ou aux lanceurs d'alertes qui, sans avoir un devoir contraignant de réaction faute de sanction, risquent leur vie professionnelle et réagissent moralement pour dénoncer un risque fiscal, criminel, sanitaire ou environnemental[98]. Tantôt, des traces d'un devoir de réaction plus coercitif et à vocation altruiste ou d'intérêt général peuvent être trouvées. En droit pénal, la non-dénonciation d'un crime[99] ou la non-assistance à personne en danger[100], obligent le sujet de droit à réagir. En droit privé, l'obligation légale de sécurité pesant sur l'employeur[101] ou le devoir de vigilance des sociétés donneuses

---

[95] SOPHOCLE, *Tragédies complètes*, préf. P. Vidal-Naquet, Folio, 1973.
[96] Art. 35, Constitution du 24 juin 1793, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.
[97] V. sur ce sujet : STEVIGNON A., *Le temps qu'il fait et le droit des obligations*, th., Paris I, 2019, n°9, p.15 : à propos des rapports du GIEC et de la nécessité non plus de prévenir mais de réagir à l'aggravation du risque écologique et climatique (v. publication : STEVIGNON A., *Le climat et le droit des obligations*, préf. N. Molfessis, LGDJ, 2022).
[98] CHALTIEL-TERRAL F., *Les lanceurs d'alerte*, Dalloz, 2018, p.66 et s ; v. loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
[99] Art. 434-1, C. pén. ; v. aussi art. 40, C. proc. pén., pour l'obligation de dénonciation pesant sur toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire.
[100] Art. 223-6, C. pén.
[101] V. *Infra,* n°71 et s.

d'ordre[102] induisent une réactivité dont l'objectif est de pousser les acteurs économiques à ne pas rester inertes face aux éventuelles dérives de leurs activités. Indéniablement, l'action de réagir poursuit parfois l'humanisme et la justice sociale. D'un autre côté, comme nous l'avons vu, l'expression « devoir réagir » rappelle l'idée d'efficacité, de rapidité économique : il faut être vigilant, atteindre ses objectifs, prompt à répondre aux sollicitations, s'adapter aux circonstances. La construction du devoir de réaction du contractant doit ainsi tenir compte de cette ambivalence. Il est et doit être un outil d'efficacité de la même manière qu'il est un outil de moralisation de la vie des affaires[103]. Il peut supprimer les longueurs inutiles et accélérer le rythme juridique autant qu'il peut revêtir une coloration plus sociale et solidaire dès lors qu'il est tourné vers les intérêts d'autrui ou de tous, dès lors qu'il permet une application plus efficace de la loi[104]. Le droit des contrats, commun ou spécial, n'est pas seulement le cadre d'un échange, mais aussi le reflet des conceptions socio-économiques de son temps desquelles il tente d'opérer une synthèse[105]. Ses exigences proposent un modèle comportemental, une prescription de ce qui doit être[106], dans laquelle se rejoignent ou s'opposent des valeurs morales, économiques et juridiques au point de se confondre parfois pour faire émerger des obligations et devoirs comportementaux dont le devoir de réaction en est une nouvelle illustration. En effet, la plupart des devoirs contractuels ont été imaginés et appliqués dans « l'espoir, sans doute, de rendre plus juste le droit des contrats[107]». Coïncide alors, au sein du devoir de réaction, cette ambivalence d'un devoir de réaction utile et d'un devoir de réaction juste. La même force imposera ainsi à un débiteur de ne pas faire perdre son temps au créancier comme à la société donneuse d'ordre de ne pas rester passive face à une violation des droits humains. À l'employeur de sanctionner immédiatement son salarié fautif, mais aussi de réagir immédiatement à la survenance d'un risque pour la sécurité de ce même salarié. Le phénomène de l'accélération et l'exigence de réaction qu'elle induit, permet parallèlement un traitement plus prompt des défaillances et le droit s'en saisit pour accompagner l'émergence d'un devoir contractuel de réaction construit sur les exigences d'efficacité économique et d'impérativité d'une amélioration de la

---

[102] V. *Infra*, n°78.
[103] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.
[104] PARANCE B., « Réactivité et adaptation au cœur des exigences de la compliance », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *préc*., p.46.
[105] LEQUETTE S., « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », RTD Civ., 2018, p.541.
[106] DEUMIER P., *Introduction générale au droit,* 5e édition, LGDJ, 2019, n°48, p.53.
[107] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°142, p.124.

justice en général et de la justice contractuelle en particulier. Seulement, la contrepartie de l'essor d'un devoir de réaction n'est point gratuite : c'est la liberté attachée à l'exercice des droits subjectifs qui pourra en payer le prix, et plus généralement la sécurité juridique de son titulaire[108] ; mais aussi la pression temporelle que le contractant pourra subir. Le défi de l'étude consistera à saisir cette ambivalence tout en canalisant ses limites.

II. La méthode de l'étude

10. Intérêt du sujet et problématique – L'émergence d'un devoir de réaction en matière contractuelle est le point d'orgue du constat d'une multiplication des situations dans lesquelles un contractant est sanctionné faute d'exercer une réaction en temps utile face à une circonstance donnée. L'objet de l'étude permet ainsi de donner de la consistance à un comportement qui rassemblerait les nombreuses et croissantes hypothèses dans lesquelles un contractant se voit reprocher, sous différentes appellations et par différentes sanctions, une absence de réaction. L'étude a pour objectif de concrétiser l'un des symptômes visibles de l'accélération sociale sous la forme d'une exigence comportementale en rapport direct avec le temps, qui ne se contente plus du cadre de la prescription ; une soumission toujours plus grande des droits subjectifs à une exigence temporelle coercitive. La thèse permet d'adopter une approche globale du phénomène sans avoir à se pencher trop longuement sur des aspects qui ont, par ailleurs, déjà été traités d'excellente manière. En effet, une telle approche permet de ne pas s'arrêter à la sanction principale de l'absence de réaction qui réside dans la déchéance ni de chercher à créer de nouvelles catégories juridiques pour constater un phénomène que l'on peut aisément ranger sous les devoirs juridiques. Tout l'intérêt du sujet de l'étude réside donc dans cette approche globale et transversale, qui tentera de mettre en ordre toutes ces forces temporelles nouvelles ou anciennes qui pèsent sur les droits subjectifs des contractants. Globalement, elle permettra de répondre au besoin d'interprétation de la loi et de la jurisprudence en traçant le régime et les sanctions du devoir de réaction dont les principaux traits sont flous et les sources nombreuses. La thèse a pour ambition de

[108] CARBONNIER J., *Flexible droit*, *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p.155 : « Les incertitudes du droit peuvent se situer au niveau de la société, comme à celui de l'individu : c'est tantôt de l'instabilité des règles de droit, tantôt de l'insécurité des droits individuels, que naît l'inquiétude juridique ». Ainsi, l'accélération de la production législative a un effet mécanique sur l'accélération subie par les droits individuels qui sont, de plus en plus, soumis à une pression temporelle qui conduit leur titulaire à ne plus avoir la certitude absolue de les détenir.

comprendre dans quelle mesure les droits subjectifs substantiels, mais aussi le droit d'agir en justice, peuvent être légitimement restreints, neutralisés, sanctionnés, en raison d'une inertie coupable de leur titulaire à les exercer. Un tel cadre permettra également de rechercher un équilibre dans la norme de comportement à la hauteur des compétences du contractant ou de la nature du contrat à travers lequel il rayonne à la lumière d'une réflexion sur le caractère souhaitable ou non d'une exigence de réactivité généralisée. Plus précisément, elle tentera de cerner l'étendue de la liberté contractuelle de stipuler des clauses obligeant un contractant à réagir. La problématique réside donc dans la question de savoir si le devoir de réaction existe en tant que notion autonome, et le cas échéant de savoir s'il est possible d'en tirer une définition ainsi que d'en dresser un régime précis à travers, non seulement ses différents fondements et ses sanctions, mais également par ses limites.

11. Choix sémantiques : un devoir, la réaction, les contractants - Pour y parvenir, nous avons fait plusieurs choix sémantiques dans l'intitulé du sujet qui méritent quelques développements.

12. Le devoir - La réaction du contractant est ici présentée comme un devoir juridique. La doctrine distingue classiquement les obligations et les devoirs, bien qu'ils soient, à d'autres reprises, présentés parfois comme de vagues synonymes tant leur distinction est malaisée[109]. Pour certains, les premières ne seraient que relatives et susceptibles d'exécution forcée[110], tandis que les seconds auraient une vocation absolutiste[111]. À s'en tenir à une conception technique de la notion d'obligation, selon laquelle elle serait un lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles peut exiger de l'autre une prestation ou une abstention[112], force est de constater que le devoir juridique s'en distingue. S'il n'en reste pas moins sanctionné, le devoir relève de la règle générale de comportement astreignant quiconque se trouvant dans une situation donnée[113]

---

[109] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2020, v° devoir : « Souvent synonyme d'obligation, soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis. V. également : HAGE-CHAHINE N., *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse, Panthéon-Assas Paris II, 2017.
[110] CARBONNIER J., *Droit civil – Les biens, Les obligations*, Vol. II, PUF, 2000, n°922, p.1920.
[111] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th. préc., n°148, p.134.
[112] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018, n°1, p.1
[113] BOUCARD H., « Responsabilité contractuelle – Qualification de l'obligation », in *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2022, n°232.

et dont la source est le plus généralement légale ou professionnelle[114]. Tel n'est pas le cas de l'obligation contractuelle, que seul un créancier déterminé peut exiger[115], et qui ne traduit pas des normes de comportements à vocation sociale et de portée générale[116]. En effet, cette dernière « consiste simplement à déterminer le contenu et les modalités d'exécution d'une prestation[117]». Philippe Stoffel-Munck, à propos du devoir cette fois, poursuit : « c'est bien une certaine manière d'exécuter qui est désignée et non l'objet de l'exécution. Le devoir désigne une manière d'être, conforme à la morale[118]. » Or, c'est précisément l'aspect comportemental qui nous conduit à préférer la notion de devoir sur celle d'obligation, bien que cette dernière puisse également porter sur un comportement[119]. Le doyen Carbonnier expliquait que « dans toute obligation, il y a un devoir : mais que tout devoir n'est pas une obligation[120]». Les devoirs conduisent ainsi au contrôle « la façon d'agir des cocontractants, leur comportement[121] […] ». Ils sont imposés par une norme de droit objectif qui sanctionne leur manquement[122]. L'idée, derrière ce choix, est de faire ressortir que la réaction du contractant accompagne l'exécution du contrat et les différentes prérogatives qu'il offre sans constituer, à elle seule, l'obligation en tant que telle. Un contractant ayant excessivement tardé à contester un défaut de marchandise ou à mettre en œuvre une sanction de l'inexécution adopte un comportement de nature à rendre plus difficile l'exécution des obligations. Aussi, le débiteur d'une obligation de sécurité doit se montrer réactif face à la survenance du risque afin d'assurer son exécution : la sécurité est l'obligation, la réaction est le comportement adéquat pour y parvenir. De plus, comme nous le verrons[123], le devoir de réaction découle, le plus souvent, directement de la bonne foi qui en constitue le fondement principal, ce qui lui offre légitimement sa place aux côtés des autres devoirs contractuels nés sous ce fondement dont la doctrine ne conteste pas la terminologie[124].

---

[114] FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, *essai d'une théorie*, préf., J. Ghestin, LGDJ, 1992, n°4, p.4
[115] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n°260, p.179
[116] STOFFEL-MUNCK PH., *loc. cit.,* n°153, p.137 et s.t ; v. également en ce sens : PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* th. préc., p.14.
[117] *Ibid*.
[118] *Ibid*.
[119] FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 11e éd., 2021, n°1, p.23.
[120] CARBONNIER J., *Droit civil – Les biens, Les obligations, op. cit.,* n°922, p.1917.
[121] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°142, p.124.
[122] FOREST G., *loc. cit.,* n°257, p.175.
[123] V. *Infra*, n°139 et s.
[124] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°142, p.124. CHAZAL J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », art. préc.

13. La réaction - Ensuite, nous avons choisi de baptiser « réaction » le comportement attaché à ce devoir. Un tel choix n'est pas arbitraire, bien que d'autres vocables auraient pu convenir. Selon nous, le mot « réaction » est le plus évocateur, percutant. Il décrit mieux que d'autres l'idée selon laquelle le contractant est tenu d'apporter une réponse plus ou moins rapidement à une action donnée. Du plus éloigné au plus proche, il aurait été possible de parler d'un « devoir de diligence accrue » en dessinant l'idée d'une gradation dans la diligence. Toutefois, la diligence est une norme comportementale excessivement large dans laquelle l'idée de réponse est absente. Par ailleurs, une telle gradation aurait pu donner l'impression d'un épiphénomène et d'une dilution qui jurerait avec l'approche globale retenue par l'étude et l'expansion générale du devoir de réaction. Plus proche de l'intitulé retenu, peut-être aurait-il été possible de parler de « devoir de réactivité[125]» ou de « devoir de prompte réaction[126]» comme le font parfois certains auteurs. De telles expressions, bien qu'elles décrivent un devoir identique, insistent sur un caractère rapide, immédiat qui est absent de certaines manifestations du devoir de réaction. La première, car le terme de « réactivité » a une connotation de vitesse dans son sens figuré[127], la seconde, car l'adjectif « prompt » laisse penser que seules les exigences de réaction rapides sont étudiées. Or, nous le verrons, si dans la majorité des cas, la réaction est exigée dans un délai relativement court, il est également tout à fait possible qu'elle le soit dans un délai relativement long. La perception de la rapidité est relative et subjective. Un délai court pour les uns semblera terriblement long pour les autres. Au fond, c'est moins la rapidité que la pression temporelle qui constitue le cœur du devoir de réaction : c'est l'idée selon laquelle un contractant peut être sanctionné pour ne pas avoir mis en œuvre son droit en temps utile. Précisons enfin que nous utiliserons les termes de « réactivité » et de « réactif » dans leur sens non figuré, c'est-à-dire comme la capacité ou la qualité d'un individu à réagir.

14. Les contractants - Enfin, le débiteur du devoir de réaction, le contractant, doit être entendu ici de large manière. Toute personne, débitrice ou créancière, étant partie à un contrat peu important la nature de celui-ci entrera dans le champ de l'étude. La forme du contrat-échange sera naturellement au cœur de notre étude,

---

[125] LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *préc*., p.38 ; FÉRAL-SCHUHL C., *Cyberdroit 2020-2021*, 8e éd., Praxis, Dalloz, 2020, p.1246.
[126] LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, *op. cit*., n°3124.171, p.1374.
[127] V. *Supra*, n°2.

tant les contractants qui y ont consenti sont soumis à un « rapport de force[128]» leur imposant une réactivité dans l'exercice de leurs prérogatives pour ne pas faire perdre de temps à leur cocontractant. Les contractants d'intérêts communs, sous lesquels peuvent être rangés les contrats-coopération[129] et les contrats-organisation[130], sont également concernés par l'étude puisque, dans cette hypothèse, le devoir de réaction leur imposera souvent de protéger un intérêt différent du leur, de réagir vers sa bonne réalisation : un intérêt convergeant ou particulier. Plus généralement, toute personne qui est soumise à une obligation légale du fait de son assujettissement à une relation contractuelle, comme le dirigeant de société ou l'employeur, et à qui l'on a transféré la protection d'un intérêt sectoriel ou général sera également concerné par l'étude.

15. Périmètre des recherches – L'étude s'intéressera principalement aux manifestations d'un devoir de réaction dans l'exécution du contrat. La sanction qu'il induit, qui consiste principalement en la déchéance ou en l'engagement de la responsabilité civile du contractant, nous oblige à nous détacher des questions relatives au consentement et à la création du lien contractuel sous lesquelles sont classiquement étudiées les manifestations de volonté tacites[131]. En effet, l'on ne cherche pas, à travers elles, à sanctionner le contractant mais à interpréter son silence pour faire produire des effets de volonté. Elles créent plus qu'elles ne sanctionnent. Les manifestations tacites de volonté pourront toutefois faire l'objet d'une analyse lorsque, en cours d'exécution du contrat, la renonciation qu'elles font présumer revêt les traits d'une sanction déguisée[132]. Ensuite, l'étude se cantonnera au devoir de réaction dans un cadre contractuel, en nous éloignant des questions purement procédurales bien que nous autoriserons quelques excursions en la matière. Enfin, la question de savoir si la prescription est de nature à fonder un devoir de réaction sera traitée dans le corps de l'étude : elle en sera exclue, car elle ne cherche pas à sanctionner l'absence de réaction du contractant[133]. De manière

---

[128] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,*
[129] DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in Mélanges François Terré*, PUF, 1999, p.259.
[130] LEQUETTE S., *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner., Economica, 2012.
[131] V. not. : BARRAULT M.-C., *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligation*, Thèse, Dijon, dactyl., 1912 ; GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977 ; DIENER P., *Le silence et le droit*, Bordeaux I, 1975 ; DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, Thèse, LGDJ, 1985 ; LITTMAN M.-J., *Le silence et la formation du contrat*, Thèse, Strasbourg, dactyl., 1969.
[132] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.
[133] V. *Infra*, n°22.

générale, la méthodologie retenue pour traiter le sujet nous empêche, *ab initio*, de restreindre largement le périmètre d'étude du devoir de réaction.

16. Méthodologie et choix du plan - Le devoir de réaction se conçoit comme un devoir contractuel nouveau. Ses occurrences encore assez rares en doctrines, mais ses manifestations nombreuses en droit positif, ne permettent pas de partir, dès l'introduction, d'une définition nettement arrêtée. Il s'est agi, dans un premier temps, de le reconnaître. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi d'adopter la méthode inductive[134] pour dresser non seulement la définition du devoir de réaction, mais également son régime et ses différentes applications possibles. Après avoir observé, dans le droit positif, un comportement sanctionné de manière récurrente, nous en avons extrait un comportement particulier constitutif d'un devoir autonome. L'analyse de ses nombreuses manifestations a permis de construire une définition de laquelle découle plusieurs applications téléologiques. À la réflexion, le constat est double : le devoir de réaction est un important outil d'efficacité économique et juridique mais peut se révéler dangereux dès lors qu'il n'est pas encadré. Il s'est agi, dès lors, de décrire les limites que lui oppose le droit pour lui ôter tout caractère hégémonique et absolu. Une telle approche nuance à la fois l'essor du devoir de réaction et permet d'atteindre, finalement, l'équilibre entre l'efficacité qu'il permet et le modèle social, inquiétant à certains égards, qu'il propose.

Première partie : La reconnaissance du devoir de réaction

Seconde partie : Les limites du devoir de réaction

[134] BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, 2e éd., PUF, 2001, n°84, p.147.

PREMIÈRE PARTIE :

LA RECONNAISSANCE DU DEVOIR DE RÉACTION

17. L'assimilation progressive du devoir de réaction par le droit – Le rapport du droit au temps a été considérablement bouleversé par les forces conjuguées des évolutions technologiques et des exigences de l'économie de marché qui ont, progressivement, érodé le mythe de son immuabilité, raccourci le paradigme du temps long et érigé en devoir ce qui n'était qu'une qualité : la réactivité. Le droit, en effet, n'a pas toujours eu une approche favorable à la vitesse et sanctionner l'absence de réaction n'a, semble-t-il, jamais été une priorité du droit français[135]. Sans admettre impunément le silence fautif, la négligence, la passivité d'un justiciable en procès ou la non-assistance à personne en danger, la lenteur ou l'inaction n'étaient pas des comportements à stigmatiser. Les délais de prescription de droit commun étaient de trente ans jusqu'à une période très récente[136], le silence ne vaut toujours pas acceptation sauf circonstances particulières[137], l'abstention n'est pas systématiquement considérée comme une faute en droit de la responsabilité civile[138] qui, par ailleurs, ne reconnaît toujours pas d'obligation pour la victime de minimiser son propre dommage. Le droit s'est toujours efforcé d'offrir des moyens, des droits de réagir, auxquels il accolait une certaine liberté d'exercice, plutôt que des injonctions à réagir. Cependant, voici que les délais de prescription s'abrègent[139], et qu'à l'ombre de celle-ci s'épanouissent forclusions légales et contractuelles qui lui font concurrence, que les sanctions de l'inexécution sont arrimées à un exercice dans un délai raisonnable, que les obligations pesant sur les professionnels leur imposent une réaction toujours plus intense. Autrement dit, un nombre croissant de droits et prérogatives s'assimilent à une « denrée périssable[140]» ou, pour filer la métaphore, à une denrée avariée puisque leur non-usage peut aboutir à une sanction et finalement se retourner contre leur titulaire.

---

[135] LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.38.

[136] V. Art. 2262, C. civ., anc. ; *adde* : LÉVY J.-PH., CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010, n°735, p.1075.

[137] Art. 1120, C. Civ.

[138] BRUN PH., « Responsabilité du fait personnel », *in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2015*,* n°26.

[139] Certains délais de prescription se réduisent à une seule année : ainsi de la prescription en matière de de transport de marchandise : Art. L.133-6, C. com.

[140] JARROSSON CH., « Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitrage », art. préc.

18. Le constat d'un désordre – Ce considérable essor du devoir de réaction laisse apparaître ses manifestations partout où le contrat domine. Du droit des contrats d'affaires, où il se comprend aisément, à des domaines plus éloignés, comme le droit du travail ou le droit des sûretés, tout en imposant sa logique au droit commun des contrats, la réaction devient coercitive, source de déchéances ou de responsabilité civile. Tour à tour, l'on aperçoit, pêle-mêle, le bénéficiaire d'un pacte préférence perdre sa préemption pour ne pas avoir répondu à une action interrogatoire dans un délai raisonnable[141], un employeur manquer à son « devoir de réaction[142]» pour ne pas avoir immédiatement mit un terme à des faits de harcèlement ; l'on voit aussi la responsabilité d'un fournisseur d'hébergement internet être engagée pour ne pas avoir retiré un contenu illicite dans la journée[143] et bientôt, peut-être, la victime d'un préjudice devoir renoncer à une partie de son indemnisation pour ne pas avoir réagi à la survenance de son dommage[144]. L'essor du devoir de réaction en droit positif français est aussi palpable que diffus : ses sanctions sont floues, ses fondements semblent parfois contradictoires et ses sources, d'évidence, éparpillées.

19. La tentative d'une remise en ordre – Ses causes identifiées, l'on comprend l'attrait exercé sur chaque branche du droit qui y décèle un puissant outil d'efficacité apte à, selon les cas, gagner du temps, assurer l'efficacité d'une obligation, protéger un intérêt sectoriel ou atteindre tel ou tel objectif. Toutefois, son mouvement général au sein du droit est difficile à discerner : ses manifestations sont-elles suffisamment nombreuses pour en tirer des conséquences juridiques ? Le cas échéant, comment se définit-il, se distingue-t-il de notions proches ? Quelles sont ses fondements, ses sanctions ? Peut-on opérer, au sein du devoir de réaction, une classification par application, par finalités ? L'étude se propose de démontrer que derrière l'apparence du désordre, il est possible de dégager une notion autonome. La méthode inductive retenue permet, dans un premier temps, d'appréhender le devoir de réaction au singulier, c'est-à-dire dans ses manifestations comme dans sa définition, comme une norme

---

[141] Art. 1123, C. civ.
[142] Grenoble, 5 juillet 2018, ch. Sociale, n°16/03632.
[143] TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, *M.K c/ Pierre G., Amen*, RLDI 2008/38, n01177, obs. J.-B. Auroux.
[144] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, mars 2017, p.8, art. 1263 : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

comportementale autonome et unitaire (**titre premier**). Elle permet ensuite d'appréhender le devoir de réaction dans sa diversité (**titre second**) car un essai de classification tentera de démontrer que ses fondements et son régime peuvent varier selon la destination de sa finalité.

Titre premier : Le devoir de réaction : unité de nature

Titre second : Les devoirs de réaction : dualité de finalités

TITRE PREMIER : LE DEVOIR DE RÉACTION : UNITÉ DE NATURE

20. Le devoir de réaction au singulier – L'étude de l'autonomie et de la singularité du devoir de réaction passe d'abord par son observation et son illustration. Le devoir de réaction pris au singulier permet ainsi d'observer la récurrence de ses manifestations en tant que norme comportementale unique et autonome avant d'en proposer une définition qui, malgré les classifications proposées, reste invariable et de même nature. Depuis plusieurs décennies, ses manifestations se sont multipliées. Dans un premier temps, il s'agira de tenter de démontrer l'existence du devoir de réaction à travers la diversité de ses manifestations qui trouveront leur point de départ dans les quelques éléments de définitions doctrinales. Chaque manifestation égrainera des traits communs, des hypothèses systématiques, des critères récurrents ou secondaires, qu'il conviendra de recenser avant de proposer une définition plus précise. L'originalité et la nouveauté de l'objet de l'étude nous impose de retenir une méthode inductive, c'est-à-dire de partir du particulier, de la manifestation légale et jurisprudentielle vers la problématique d'une systématisation générale. Nous recenserons dans un premier temps les manifestations du devoir de réaction **(chapitre premier)** qui permettront de l'identifier et d'en offrir une définition plus précise **(chapitre second)**.

Chapitre premier : La diversité des manifestations du devoir de réaction
Chapitre second : L'unicité du comportement sanctionné.

CHAPITRE PREMIER - LA DIVERSITÉ DES MANIFESTATIONS DU DEVOIR DE RÉACTION

21. Point de départ de la recherche des manifestations du devoir de réaction – Le terme de « devoir de réaction » est passé de l'expression[145] à la notion sous la plume du Professeur Clay à l'occasion d'un litige de droit de l'arbitrage, dans lequel une partie avait été déchue de son droit à contester l'irrégularité du tribunal arbitrale pour ne pas s'en être prévalu en temps utile[146]. C'est à propos de la même affaire que le Professeur Barbier a soulevé l'existence d'un devoir de réaction en matière arbitrale et a cherché à l'étendre à d'autres domaines du droit des contrats. Après avoir soulevé d'autres manifestations, le même auteur s'est interrogé sur l'opportunité d'un véritable devoir de réaction, plus général, en matière contractuelle. C'est dans cette optique qu'il a proposé la définition suivante : « le devoir de réaction du contractant peut se définit comme l'exigence qui lui est faite de tirer promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle illicite. C'est donc une forme de devoir de diligence en réponse à la situation particulière qu'est le dysfonctionnement du contrat[147]». Une définition volontiers étendue au-delà de l'arbitrage et reprise par d'autres auteurs qui insistent également sur la réponse juridique du contractant face à une illicéité[148]. C'est dans le sillage de cette définition que nous allons tenter d'étudier ses principales manifestations avant de tenter d'affiner et de détailler cette dernière[149].

22. Méthodologie inductive retenue – Si les références au devoir de réaction sont de plus en plus nombreuses, elles demeurent éparses et sporadiques. L'identification d'un nouveau devoir contractuel passe d'abord par le constat de son existence et de sa récurrence : un phénomène contemporain que l'on retrouve partout parce qu'il est nécessaire, mais que l'on ne voit nulle part car il est innomé. Avant d'entreprendre la synthèse et la recherche de caractéristiques communes plus précises, il est nécessaire d'en recenser les principales manifestations. En raison de la grande diversité des manifestations du devoir de réaction, cette entreprise ne saurait se faire sans

---

[145] JARROSSON CH., « Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitrage », art. préc. ; v. également en ce sens : CLAY T., *L'arbitre*, Volume 1, Dalloz, 2001, n°381, p.320.
[146] CLAY T., « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », art. préc. ; CLAY T., « Tecnimont, saison 5 : la dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction », art. préc.
[147] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.
[148] LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, *op. cit.*, n°3123.181, p.1374.
[149] V. *Infra*, n°110.

une classification sommaire inspirée de la méthode inductive. Celle-ci permet, en effet, de tirer d'observations particulières une théorie plus générale[150]. C'est autour du critère des conséquences juridiques attachées à l'absence de réaction que seront classées les différentes manifestations du devoir de réaction. Ce critère a de quoi surprendre, car commencer l'étude d'un devoir par ses sanctions peut donner l'impression d'une enquête à l'envers. Il se justifie cependant par deux raisons. D'abord, la méthode inductive que commande le sujet de l'étude (sa nouveauté, ses rares expressions doctrinales et son absence de mention expresse en jurisprudence) impose de prouver qu'un phénomène juridique existe d'abord par ses manifestations pour ensuite en tirer des conséquences scientifiques. Le choix du critère des conséquences juridiques de l'absence de réaction se justifie non pas par la définition de la réaction mais par celle du devoir. Un devoir contractuel est une contrainte comportementale[151] dont le non-respect est susceptible de léser tout un chacun et donc, d'engendrer des sanctions[152] : c'est par celles-ci que se manifeste le devoir[153]. Pour en retrouver les traces, il est nécessaire de passer en revue lois et jurisprudences qui sanctionnent un comportement particulier, celui de l'absence de réaction du contractant. C'est par la sanction récurrente d'un comportement donné que se détecte l'apparition d'un nouveau devoir contractuel. Enfin, les sanctions ne seront pas, à ce stade de l'étude étudiées en tant que telles, mais simplement mentionnées. Il ne s'agit pas encore de se prononcer sur le fond de la sanction, sa légitimité ou son opportunité mais simplement de les évoquer telles qu'elles sont utilisées pour sanctionner l'absence de réaction du contractant.

23. Un essor général du devoir de réaction - Immanquablement, le phénomène d'accélération du rythme juridique et de responsabilisation des acteurs économiques a démultiplié les occurrences et manifestations du devoir de réaction en droit positif français. Les traces du devoir de réaction sont remarquables dans le monde des affaires dont les besoins de vitesse, de souplesse et d'efficacité ont constitué un terreau fertile à l'émergence d'un tel devoir. Ainsi des contrats d'affaires classiques, des

---

[150] BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, *op cit*., n°126, p.226 : « L'induction se présente ici comme le procédé selon lequel on tente de dégager du rapprochement d'un certain nombre de règles de droit leur inspiration commune, pour en extraire une règle générale qui s'y trouve « en suspension » mais qui n'est pas expressément énoncée. »

[151] MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, n°1, spéc. p.310. ; v. également en sens : FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°49, p.63.

[152] BOUCARD H., « Responsabilité contractuelle », *in Rép. droit civil*, Dalloz, 2018, n°232.

[153] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, 2012, n°257, p.175.

formes nouvelles issues de la révolution du numérique[154] ou du mode de règlement des litiges qu'ils choisissent parfois, l'arbitrage. Toutefois, c'est en droit commun des contrats que l'essor du devoir de réaction est le plus frappant. Celui-ci s'explique pour plusieurs raisons. D'abord, une certaine affairisation[155] du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 venue prendre à bras-le-corps la dimension économique de la relation contractuelle afin de lui inculquer une dose d'efficacité amenée à éradiquer les coûts abusifs, les longueurs inutiles et à repeser la place du devoir de bonne foi prompt à corriger le comportement d'un contractant trop peu accordé à l'efficacité de l'opération contractuelle[156]. La réforme du droit des contrats, avec son cortège de délais, a, nous le verrons, fait entrer la réactivité dans le droit commun[157]. De la même manière, l'essor de réactivité est proportionnel au recul du juge induit par la réforme, et favorisé par la procéduralisation du comportement du contractant et la prime à l'unilatéralisme[158] qu'elle sous-tend l'oblige à se montrer davantage réactif sous peine de sanctions. D'un autre côté, la multiplication des obligations légales pesant sur certains acteurs économiques dans le sillage de la fonction sociale du contrat, conduit nécessairement à soumettre des contractants toujours plus nombreux au devoir de réaction que comporte intrinsèquement les obligations de sécurité ou de vigilance. Sans être nommé, le devoir de réaction multiplie ses ramifications. Ce qui n'était que curiosité, particularité, exception, prétendrait presque devenir la règle.

24. Annonce - Sous sa forme contraignante, l'absence de réaction n'est sanctionnée que lorsqu'elle peut avoir des conséquences pour autrui. Cette dernière est à la fois source de pertes et d'offenses, en ce qu'elle reflète le temps qu'on prend et le temps qui passe. Au regard de la définition énoncée précédemment, un comportement unique et récurrent semble être sanctionné de deux manières distinctes. Tantôt, le devoir de réaction

---

[154] LOISEAU G., « La protection contractuelle des travailleurs de plateformes », D.2021, p.147 : décrivant le phénomène de la procéduralisation du comportement du contractant dans la mise en œuvre de ses droits qui, nous le verrons, peut induire un devoir de réaction. La multiplication des corps de règles destinés aux acteurs du numériques est un facteur d'accroissement du devoir de réaction.

[155] MALLET-BRICOUT B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD com., 2016, p.1.

[156] BALAT N., « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p.27 et s., spéc. II.A ; BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD Civ., 2016, p.247 ; CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n°21.32, p.21.

[157] ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *in Le nouveau discours contractuel,* RDC n°03, p.600

[158] DESHAYES O., GENICON TH., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* 2e éd., LexisNexis, 2018, p.537.

se manifeste par la sanction de l'impossibilité pour le contractant de se prévaloir d'un droit **(section première)**, tantôt par l'engagement de la responsabilité civile de celui qui y est soumis (**section seconde).**

Section première : Les manifestations du devoir de réaction sanctionnées par l'impossibilité de se prévaloir d'un droit

25. Un devoir comportemental lié à l'écoulement du temps se manifeste principalement par l'impossibilité de se prévaloir d'un droit – Le rapport au temps que revêt le devoir de réaction dirige presque d'intuition les recherches sur les manifestations classiques de l'écoulement du temps en droit que sont les mécanismes d'extinction totale ou partielle d'un droit. Cette restriction du droit du contractant, au sens large du terme, peut revêtir diverses formes dans la sanction du contractant passif : forclusion, déchéance totale ou partielle, inopposabilité, *etc*. Le Professeur Stoffel-Munck aurait parlé, à cet égard, « d'inefficacité du droit[159]». La recherche doit ainsi se concentrer sur toutes les hypothèses, hormis la prescription[160], dans lesquelles un contractant est sanctionné par la perte d'un droit subjectif en raison de son inertie à s'en prévaloir en temps utile. Nous observerons et illustrerons ici toutes les fois où juges et législateur reprocheront au contractant de ne pas avoir réagi à temps. Ces hypothèses, en raison de leur dangerosité pour le contractant, constituent les manifestations les plus criantes du devoir de réaction. Ce sont celles dont l'essor est le plus significatif, qui reflètent le mieux la pression temporelle accrue qui pèsent sur les contractants mais aussi celles qui font l'objet de l'encadrement le plus étoffé[161]. Pour en dresser le tableau le plus fidèle possible et tenter d'ordonner au mieux ses nombreuses manifestations, nous avons choisi d'adopter une dichotomie entre le droit spécial et le droit commun. Cette approche peut sembler, de prime abord, contraire à la lecture classique consistant à d'abord le second pour ensuite s'intéresser au premier. Loin d'être arbitraire, cette approche dispose de deux mérites : d'abord, elle reflète l'évolution chronologique du devoir de réaction puisque ses premières manifestations sont apparues d'abord dans le monde des affaires et dans les contrats spéciaux avant de pénétrer le droit commun des contrats. Ensuite, ce passage du particulier vers le général, du spécial vers le commun permet de constater, en plus de sa diversité, son essor et sa normalisation. C'est la raison pour laquelle les manifestations du devoir de réaction en droit spécial (**paragraphe premier**) ouvriront la voie à celles de droit commun (**paragraphe second**).

---

[159] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat*, *Essai d'une théorie*, th. préc., n°313, p.266.
[160] V. *Infra*, n°133 : les délais de prescription extinctive n'ont pas pour fonction de sanctionner le contractant passif.
[161] V. *Infra*, n°242 et s.

Paragraphe premier : La persistance du devoir de réaction en droit spécial des obligations

26. Le devoir de réaction en droit spécial – Le droit spécial des obligations doit ici s'entendre comme toutes les règles qui ne se trouvent pas dans le titre III du livre III du Code civil mais qui s'appliquent à des contrats particuliers. C'est à l'intérieur de ces derniers que se manifeste la persistance du devoir de réaction, entendue ici comme le caractère de ce qui est et de ce qui dure. Le devoir de réaction, en tant qu'instrument d'efficacité redoutable, a d'abord émergé dans les contrats d'affaires (**I**) avant de s'étendre à d'autres contrats spéciaux (**II**).

I. La prééminence du devoir de réaction dans les contrats d'affaires

27. Les différents contrats d'affaires retenus – René Demogue érigeait déjà le principe de l'économie de temps et d'activité comme une notion fondamentale du droit privé, et signalait la nécessité d'un rythme temporel soutenu en matière commerciale. Selon lui, « cet intérêt de l'économie d'activité, de la rapidité des affaires, exige le règlement prompt de toutes les difficultés[162]». Ces besoins caractéristiques du monde des affaires en ont fait le terreau naturel du devoir de réaction. Ce dernier permet, en effet, de réduire les longueurs illégitimes, les couts inutiles et de ne rien laisser sans réponse. Sans surprise, ses manifestations les plus claires se rencontrent dans les grands contrats d'affaires desquels on a choisi de prendre trois grands exemples. D'abord, le devoir de réaction trouve ses plus évidentes manifestations dans son milieu naturel que sont les corpus de règles applicables aux contrats issues du commerce interne et international (**A**). Ensuite, certains acteurs sont particulièrement exposés à une réactivité accrue. Ce sont ainsi les grands contrats d'intermédiation dans lesquels les contractants professionnels se voient soumis à un devoir de réaction (**B**). Enfin, c'est dans le mode de privilégie de résolution des litiges entre professionnels et du secteur commercial, l'arbitrage, que le devoir de réaction s'est manifesté de la façon la

[162] DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, La mémoire du droit, 1911, réed. 2011, p.115 ; v. également en ce sens : SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, *op. cit.,* 3e éd., Dalloz, 1964, n°8, p.13.

plus remarquable (**C**). Les besoins de rapidité et d'efficacité que partagent ces contrats ont favorisé et légitimité l'émergence d'un devoir de réaction.

A. Les manifestations du devoir de réaction en droit interne et international de la vente

28. Le modèle du contractant réactif en du droit interne et international de la vente – Le domaine naturel et historique des manifestations du devoir de réaction est celui des affaires et plus particulièrement du droit de la vente, qui en constitue la figure emblématique. La nécessité de souplesse, de rapidité et d'efficacité qui irrigue le droit du commerce[163], interne comme international, a placé le devoir de réaction au cœur de leurs mécanismes. Par leur fréquence et l'ancienneté de leur pratique, la place singulière qu'occupent les contrats d'affaires internationaux a permis l'émergence de régimes juridiques étoffés, dotés d'un certain nombre de standards fonctionnant en miroir d'un modèle comportemental facilement identifiable[164] : celui du marchand efficace, diligent, honnête et réactif. Ici aussi, l'accroissement de la technologie joue un rôle fondamental : les temps de réaction offerts par les délais s'adaptent, s'élargissent ou se raccourcissent au gré des évolutions[165]. Ce modèle, porté par des corpus de règles matérielles, rayonne sur les droits nationaux comme anationaux[166] et transporte la réactivité comme un viatique. C'est d'abord ici qu'elle s'est manifestée sous forme de devoir. Nous en étudierons les principales manifestations à travers quelques exemples phares tirés de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (CVIM), des principes Unidroit et du droit commercial français.

29. Le devoir de réaction de l'acheteur dans la dénonciation d'un défaut de conformité de la marchandise en droit du commerce international – La

---

[163] HOUTCIEFF D., *Droit commercial*, 4e éd., Sirey, 2016, n°1, p.1 et n°38, p.21.
[164] LAGELLE A., *Les standards en droit international économique, Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Harmattan, 2014, p.179.
[165] BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ, 2019, n°231, p.177 : Par exemple, c'est en raison de l'accroissement de la technologie que les marchandises sont devenues plus complexes et que leurs vices sont devenus plus difficile à déceler. C'est ce qui explique que les délais ont été élargis. Notons qu'inversement, en matière internationale, les technologies nouvelles justifient aussi l'immédiateté de la réactivité à l'intérieur d'un délai de dénonciation élargi.
[166] ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *Droit des contrats internationau*x, 2e éd., Sirey, 2020, n°528, p.453.

CVIM retient une conception unitaire de l'obligation de conformité des marchandises et ne distingue pas, comme en droit français, la délivrance conforme de la garantie des vices cachés[167]. L'article 38-1 de la CVIM décrit la première étape et impose à l'acheteur d'examiner les marchandises ou de les faire examiner dans un délai « aussi bref que possible » eu égard aux circonstances. Cette vérification est fondamentale[168] puisqu'elle va permettre à l'acheteur d'accomplir l'obligation de notification au vendeur d'un défaut de conformité que l'on retrouve à l'article 39-1 de la même convention. Ce dernier dispose que l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au vendeur et ce, « dans un délai raisonnable à partir du moment où il l'a constaté ou aurait dû le constater ». Un tel délai, placé sous le standard du raisonnable, est entièrement laissé à l'appréciation des juges du fond qui font varier le temps de réaction au gré des circonstances : outre la nature du défaut ou des usages commerciaux, c'est surtout la nature des marchandises que les juges prennent en considération[169]. Pour que l'acheteur puisse pleinement jouir de l'article 39-1, il ne lui suffit pas de réagir à temps : aussi faut-il que le contenu de la dénonciation respecte un degré de précision suffisant. Dénoncer le principe d'un vice ne saurait suffire, il faut aussi en préciser la nature[170]. Autrement dit, il ne suffit pas de réagir, aussi faut-il réagir correctement. Ce délai, poursuit l'article 39-2, ne peut dépasser deux ans[171]. Par ailleurs, la Cour de cassation est venue préciser qu'il s'agissait d'un délai dénonciation et non d'un délai pour agir[172]. En effet, les deux délais de l'article 39 ont une nature et une sanction communes, le délai de l'article 39 (qui concerne principalement les défauts apparents) comme celui de l'article 39-2 (qui s'applique aux défauts indécelables) sont des délais de dénonciation

---

[167] AUDIT M., BOLLÉE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissement étrangers*, 2e éd., LGDJ, n°406, p.344.

[168] ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *Droit des contrats internationaux, op. cit*., n°604, p.475 : En outre, « la dénonciation préalable auprès du vendeur met ce dernier à même de réagir et notamment de réparer le défaut constaté ou de préparer sa défense. »

[169] JACQUET J.-M., DELEBECQUE PH., CORNELOUP S., *Droit du commerce international*, 4e éd., Dalloz, 2021, n°545, p.463 ; *adde* : WITZ C., « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », D.2010, p.921 : « Le défaut de conformité de marchandises périssables appelle une réaction plus rapide que celui affectant des biens d'équipement. » ; voir également en ce sens : WITZ C., « Droit uniforme de la vente internationale de marchandises », D.2013, p.2874 : Lyon, 18 octobre 2012, n°11/01896 : « le délai raisonnable pour des marchandises périssables et amenées à être venus sur la période restreinte des fêtes de Noël peut s'étendre sur quelques jours, voire quelques semaines, mais en aucun cas sur deux mois. »

[170] AUDIT M., BOLLÉE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissement étrangers, op. cit.,* n°408, p.345 ; pour de nombreuses illustrations : NATIONS UNIES, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2016, Nations Unies, p.212.

[171] CACHARD O., *Droit du commerce international*, 2e éd., LGDJ, 2011, n°628, p.270.

[172] Cass. com., 3 février 2009, n°08-10678, D.2009.2907, note C. Witz., JCP E 2009.1408, note L. Leveneur ; spéc. : RACINE J.-B., « *Délais et CVIM de 1980 »,* RDC, sept. 2009, n°4, p.159.

extra-judiciaires du défaut de conformité et sont sanctionnés par la déchéance du droit de dénoncer le défaut par l'acheteur[173]. Les conséquences sont donc particulièrement brutales[174] pour celui qui aurait manqué à son devoir de réaction[175] : la déchéance signifie que l'acheteur va perdre « le droit d'exiger la réparation des marchandises, le droit aux dommages et intérêts, le droit de réduire le prix, le droit de résoudre le contrat[176]». Notons, enfin, que ces délais extra-judiciaires de dénonciation s'articulent parfaitement avec la prescription. Cette dernière renferme l'exercice judiciaire de la dénonciation du défaut : elle ne fait que prendre « le relai du délai de forclusion, une fois le défaut dénoncé en temps utile[177]».

30. Le devoir de réaction dans les principes Unidroit, l'hypothèse de l'absence de délai – De la matrice de la CVIM ont émergé les principes Unidroit. Ces derniers renferment un corpus anational de règles matérielles qui tente de refléter la *lex mercatoria*. Ils peuvent directement s'appliquer dès lors que les parties acceptent d'y soumettre leur contrat. Ils peuvent, par ailleurs, être utilisés comme complément d'interprétation[178]. En son sein, aucun principe ne prévoit un délai de dénonciation du défaut de marchandise. C'est, en revanche, par l'article 1.7 des principes Unidroit consacrant la bonne foi que le vendeur dispose d'un fondement pour sanctionner l'inertie de l'acheteur et le déchoir d'une dénonciation tardive[179]. Le devoir de bonne foi, entendu ici comme spécifique au commerce international[180], vient prendre le relai dès lors qu'un droit national ne prévoit pas spécifiquement de délai de dénonciation d'un défaut de marchandise. Ce texte semble établir une filiation des délais de dénonciation au principe général de bonne foi[181]. C'est de lui qu'ils sont nés, c'est vers lui que l'on se tourne en

---

[173] MIGNOT M., « Les liens entre le délai de forclusion et le délai de prescription (à propos de l'article 39 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) », AJ contrat, 2020, p.525.
[174] ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *Droit des contrats internationaux, op. cit*., n°604, p.474.
[175] *Contra* : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n°497, p.361 : pour l'auteur, il s'agit là d'une charge en ce que « la dénonciation des défauts n'est pas un devoir, mais un choix offert à celui qui en a la charge de bénéficier ou non de la garantie de conformité. »
[176] MIGNOT M., « Les liens entre le délai de forclusion et le délai de prescription (à propos de l'article 39 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) », *art. préc.* : « L'acheteur perd également le droit de se prévaloir de toutes les sanctions prévues par la loi contractuelle, y compris les vices du consentement. »
[177] *Ibid.*
[178] ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *loc. cit*., n°528, p.453.
[179] UNIDROIT, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, p.71 : commentaire sous l'article 1.7 : « les parties sont tenus de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international ».
[180] *Ibid.,* p.71.
[181] Sur la complémentarité des délais et du devoir de bonne foi : V. *Infra*, n°144 et s.

cas d'absence de délai. Par ailleurs, prolongeant le devoir de bonne foi, l'article 1.8 des principes Unidroit consacre le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qui peut parfois servir de support au devoir de réaction[182].

31. Le devoir de réaction de l'acheteur dans la dénonciation d'un vice en droit commercial interne – L'équivalent français le plus proche du mécanisme de dénonciation d'un défaut de marchandise issu de la CVIM qu'est la garantie des vices fonctionne d'une manière sensiblement différente mais n'en révèle pas moins un devoir de réaction à l'égard de l'acheteur français. Légalement, le droit français ne consacre aucun délai explicite de dénonciation du défaut de la marchandise. La garantie due par le vendeur repose sur la distinction entre les vices apparents et cachés. Lorsque le vice est apparent, l'article 1642 du Code civil pose le principe selon lequel « le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. » La présence d'un vice apparent (un vice dont la constatation est facile ou dont il avait été averti dans l'acte de vente) oblige l'acheteur à réagir immédiatement[183] : il lui appartient de refuser la délivrance[184]. S'il l'accepte, c'est-à-dire qu'il réceptionne la livraison ou qu'il en paie le prix, l'acheteur sera considéré comme ayant renoncé à protester contre les défauts apparents[185]. Autrement dit, « pour l'acheteur, l'essentiel est de manifester son mécontentement sans aucun retard[186]». Pour certains contractants, la loi fixe un délai pour émettre des réserves. Les transporteurs de marchandises ont ainsi trois jours pour protester[187] tandis qu'un consommateur partie à un contrat de transport peut bénéficier d'un délai allant jusqu'à dix jours[188]. Notons, par ailleurs, qu'il est tout à fait possible pour les parties d'aménager conventionnellement le délai de dénonciation des vices apparents[189]. La mise en œuvre de la garantie est conditionnée à ce que le vice soit caché. Lorsque le bien présente cette caractéristique, l'article 1648 du Code civil dispose que « l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai

---

[182] V. *Infra*, n°142.
[183] MALAURIE PH., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.,* n°390, p.253.
[184] BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ, 2019, n°238, p.183.
[185] COLLART-DUTILLEUL F., DELEBECQUE PH., *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019, n°264, p.255. ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Commission présidée par le Professeur Philippe Stoffel-Munck, juillet 2022, art. 1643 : l'avant-projet de réforme souhaite porter le délai de protestation à cinq jours ouvrés à compter de la remise du bien.
[186] *Ibid*.
[187] Art., L.133-3, C. Com.
[188] Art. L.224-65, C. Cons.
[189] NOBLOT C., « Les clauses de dénonciation des défauts et vices apparents dans la vente », Contrats, conc., consom., 2013, form. n°9.

de deux ans à compter de la découverte du vice ». Ce délai de deux ans résulte de l'ordonnance du 17 février 2005 remplaçant ainsi la mention du « bref délai » issu du Code civil de 1804[190]. La nature de ce délai, que la loi ne précise pas[191], fait l'objet d'un conflit de qualification entre les chambres de la Cour de cassation. Si la Première chambre civile considère qu'il s'agit d'un délai de prescription[192], un arrêt de la troisième chambre civile du 5 janvier 2022 est venu affirmer qu'il s'agissait, au contraire, d'un délai de forclusion insusceptible de suspension[193]. Nous verrons par la suite que seuls les délais sanctionnant l'absence de réaction peuvent fonder un devoir de réaction, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la prescription qui n'a pas pour but de sanctionner[194]. Retenir la qualification d'un délai de forclusion pour l'article 1648 du Code civil aurait ainsi pour conséquence de faire peser un véritable devoir de réaction sur l'acheteur. Plus largement, l'attrait du délai de forclusion se justifie par plusieurs raisons : tout d'abord, les logiques du délai de forclusion se rapprochent davantage du fonctionnement du délai de dénonciation de la CVIM qui analyse son délai de deux ans comme un délai de dénonciation extrajudiciaire du défaut de conformité. Cela permettrait de rapprocher les deux régimes sur celui de la dénonciation du vice apparent et caché sans toutefois aboutir à une identité parfaite. Retenir le délai de forclusion permettrait ensuite de se rapprocher des considérations pratiques où l'exigence de sécurité juridique des acteurs doit primer sur « une conception très judiciaire de la réalisation du droit[195]». Un tel délai aurait également pu être qualifié de délai de dénonciation, à l'instar du contrat de vente

---

[190] HERVIO-LELONG A., « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », D.2002, p.2069 : très critiqué pour l'abondant contentieux qu'il faisait naître, le « bref délai » de l'article 1648 du Code civil était appelé à être réformé. L'auteur plaidait pour un enfermement du devoir de dénonciation dans un délai limité ; ALTER M., *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, th. Grenoble, 1968, n°104, p.189 : il est intéressant de constater que le législateur a ici fait le choix d'atténuer le devoir de réaction de l'acheteur, de privilégier la sécurité de celui-ci au détriment du vendeur. L'auteur cité ne plaidait pas pour la création d'un délai unique de prescription mais offrait un raisonnement tout en nuance. : « La protestation doit donc être diligente, sous peine de se voir opposer une agréation tacite. Le délai expiré, l'acheteur ne saurait invoquer la défaillance de son cocontractant : il subit une véritable déchéance de son droit à réclamation. Mais, une interprétation stricte de la règle ne peut aboutir à une privation trop systématique des droits d'un acquéreur diligent : il en résulte que la stipulation d'un délai manifestement trop bref pour autoriser un examen sérieux sera généralement tenue pour inopérante par les juges, toujours portés à faire valoir la bonne foi contractuelle. »

[191] MALINVAUD Ph., « Le bref délai de l'article 1648 du code civil est désormais de deux ans », note sous ord. n°2005-136 du 17 février 2005, RDI 2005.228 ; BALAT N., « Forclusion et prescription », RTD Civ. 2016, p.751.

[192] Cass. 1ère civ., 20 octobre 2021, n°20-15.270, F-D.

[193] Cass. 3ème civ., 5 janvier 2022, n°20-22.670.

[194] Sur l'exclusion des délais de prescription comme fondement du devoir de réaction : v. *Infra*, n°133.

[195] LAMAZEROLLES E., « Pour une redéfinition des obligations et devoirs de l'acheteur sur le modèle du droit de la vente internationale », *in* GANTSCHNIG D., KASSOUL H. (dir), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, 2021, p.135 et s., spéc. p.143 : l'auteur plaide pour un alignement du devoir de dénonciation français sur celui de la CVIM.

internationale[196], comme le plaident certains auteurs qui y voient une source de cohérence et de sécurité pour le vendeur[197]. Toutefois, l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux ne semble pas aller en ce sens et lui préfère un délai de prescription[198]. En revanche, le droit français impose nettement un délai de forclusion qui rappellent celui de l'article 39 de la CVIM en matière de vente d'immeuble où les articles 1648 et 1642-1 du Code civil imposent à l'acheteur de dénoncer, sous peine de forclusion, les vices de construction et les défauts de conformité apparents dans un délai d'un mois à compter de la prise de possession de l'immeuble. En droit commercial français, il est donc possible de parler d'un devoir de réaction de l'acheteur en cas de vice apparent ou caché en matière immobilière seulement, mais sans grande certitude à propos du délai de deux ans de l'article 1648 du Code civil.

32. Le devoir de réaction du vendeur et de l'acheteur face à la dénonciation d'un défaut de marchandise en droit du commerce international (CVIM) - La rigueur du délai de dénonciation de l'article 39 de la CVIM est toutefois tempérée par plusieurs exceptions : l'article 40 dispose que le vendeur ne peut se prévaloir des délais imposés à l'acheteur s'il connaissait le défaut ou ne pouvait l'ignorer, tandis que l'article 44 de la même convention prévoit que l'acheteur peut réduire le prix ou demander des dommages-intérêts dès lors qu'il a une excuse raisonnable pour n'avoir pas procédé à la dénonciation requise. Plus remarquable encore, c'est la jurisprudence qui est venue forger une nouvelle exception à travers laquelle elle est venue faire peser sur le vendeur un véritable devoir de réaction. La jurisprudence a admis qu'un vendeur puisse être présumé avoir renoncé au bénéfice d'un délai de dénonciation dès lors qu'il a adopté un comportement procédural contraire laissant croire à l'acheteur qu'il avait renoncé à

---

[196] Un tel délai ne semble pas devoir être admis par une éventuelle réforme du droit des contrats spéciaux : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, art. 32 : « L'action en garantie des vices cachés doit être intentée par l'acheteur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice, sans pouvoir l'être plus de dix ans après la délivrance du bien ». Le commentaire précise que les membres du groupe n'étaient pas tous d'accord sur ce point.

[197] MIGNOT M., « Les liens entre le délai de forclusion et le délai de prescription (à propos de l'article 39 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises) », art. préc. : « L'offre de réforme du droit des contrats spéciaux par l'Association Henri Capitant ne cherche aucunement à combler cette lacune. Cette distance pour ne pas dire cette indifférence à l'égard de la CVIM ne se justifie aucunement et détonne avec l'attitude bienveillante de pratiquement tous les législateurs qui ont dû réformer leur droit dans la période contemporaine. Tout ceci témoigne d'une absence de considération pour la sécurité juridique et d'une conception très judiciaire de la réalisation du droit ». ; LAMAZEROLLES E., « Pour une redéfinition des obligations et devoirs de l'acheteur sur le modèle du droit de la vente internationale », *in* GANTSCHNIG D., KASSOUL H. (dir), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, *op. cit*., p.143.

[198] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Avant-projet de réforme des contrats de vente et d'échange, textes sur le contrat de vente, avril 2022, art. 1648 : « L'action résultant des vices se prescrit par deux ans ».

s'en prévaloir. Le vendeur, par effet miroir, est également tenu d'un devoir de réaction à l'égard de l'acheteur une fois que celui-ci a dénoncé le défaut : s'il entend contester la dénonciation du défaut de marchandise aussi faut-il qu'il adopte un comportement cohérent. Tel n'est pas le cas lorsqu'il laisse penser l'acheteur qu'il n'a pas d'objection à opposer à sa dénonciation : dans une affaire où le vendeur avait, malgré une clause contractuelle imposant une dénonciation dans un délai de huit jours maximums suivant la livraison, accepté la notification tardive et offert réparation, une juridiction avait pu considérer que le vendeur était réputé avoir renoncé au droit d'empêcher l'acheteur d'invoquer un défaut de conformité dès lors qu'il n'a pas été dénoncé régulièrement et en temps utile[199]. Le devoir de réaction se rattache ici à celui de cohérence. En l'espèce, le contractant n'a pas protesté face à une situation illicite tout en laissant croire à son cocontractant qu'il s'en accommodait : le laps de temps entre sa position initiale et sa volte-face est ici fondamental pour apprécier l'incohérence. Une juridiction a d'ailleurs pu établir une distinction entre la renonciation d'une part et la déchéance par l'effet de l'estoppel d'autre part. La juridiction avait tout à fait admis que le fait que le vendeur n'eut pas immédiatement rejeté la dénonciation en raison de son retard ne suffisait pas à caractériser sa renonciation au caractère tardif de la renonciation, en revanche, le fait qu'il soit « resté en communication avec l'acheteur pour se tenir informé des plaintes provenant des clients de ce dernier, et en faisant à l'acheteur des déclarations dont il ressortait qu'il ne soulèverait pas comme moyen de défense le fait que la dénonciation avait été faite tardivement » l'avait placé en situation d'estoppel[200]. Parler de renonciation cache ainsi, le plus souvent, une réelle sanction du comportement du contractant. L'acheteur n'en est pas moins soumis au même principe et peut parfois être considéré comme ayant renoncé à ses droits en raison d'un comportement laissant entendre au vendeur que les marchandises avaient été acceptées sans défauts[201]. Pour l'acheteur comme pour le vendeur, la sanction réside dans l'impossibilité de se prévaloir de leurs droits respectifs.

---

[199] NATIONS UNIES, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, préc., p. 191 : décision du Recueil de jurisprudence n°541 (*Oberster Gerichtshof*, Autriche, 14 janvier 2002) – Approuvant la décision de la juridiction d'appel selon laquelle le vendeur avait renoncé à son droit d'opposer une objection à la dénonciation tardive du défaut de conformité en vertu d'une clause contractuelle exigeant que la dénonciation soit faite dans les huit jours suivant la livraison, car il avait accepté une notification tardive et offert réparation ; voir également

[200] *Ibid*., p.203 : Décision du Recueil de jurisprudence n°94 (*Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirstchaft*, Vienne, Autriche, 15 juin 1994).

[201] *Ibid*., p.203 : Décision du Recueil de jurisprudence n°337 (*Landgericht Saarbrücken*, Allemagne, 26 mars 1996).

33. Le devoir de réaction dans le cadre de la garantie d'éviction de la CVIM et en droit commercial interne – En matière interne comme internationale, le vendeur doit livrer des biens libres de toutes charges juridiques au profit de tiers. L'acheteur bénéficie, à ce titre, d'une garantie d'éviction. Toutefois, l'article 43-1 de la CVIM impose à l'acheteur de dénoncer au vendeur le droit ou la prétention du tiers dans un délai raisonnable sous peine de ne plus pouvoir se prévaloir de la garantie d'éviction. Par exemple, lorsqu'un acheteur prend connaissance du fait que les marchandises avaient été volées, il doit impérativement dénoncer l'illicéité au vendeur dans un délai raisonnable. C'est l'exigence à laquelle avait failli l'acheteur dans une affaire où sa plainte avait été déposée sept mois après la réception de la demande de la compagnie d'assurance lui intimant de restituer le bien volé[202]. Notons que cette exigence n'existe pas à l'identique en droit français dans lequel l'article 1640 du Code civil ne sanctionne la négligence et la passivité de l'acheteur que si le vendeur prouve, en plus, qu'il existait des « moyens suffisants » pour évincer le tiers et remporter le procès. L'idée de sanction d'un comportement passif n'est pas loin[203]. La déchéance de la garantie d'éviction relève tout autant du comportement de l'acheteur que d'une logique probatoire qui la distingue de son homologue internationale[204]. Toutefois, elle n'est pas, pour l'instant, conditionnée à l'écoulement dans un délai raisonnable mais enserrée dans la prescription de droit commun, et l'avant-projet de réforme ne semble pas devoir y changer quelque chose[205].

34. Le devoir de réaction de l'acheteur et du vendeur en cas de contravention au contrat dans la CVIM – L'article 49-1 de la CVIM autorise l'acheteur

---

[202] *Ibid.*, p.233 : Décision du Recueil de jurisprudence n°822 (*Bundesgerichtshof*, Allemagne, 11 janvier 2006).

[203] GAUTIER P.-Y., « Le deuxième arrêt du siècle sur la négligence de l'acheteur évincé », RTD. Civ., 1992, p.576.

[204] BOUCARD H., *L'agréation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale*, Thèse, Poitiers, LGDJ, 2005, n°346 : l'article 1640 du Code civil dispose que « la garantie pour cause d'éviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande. » L'auteur explique que l'article 1640 (l'impossibilité de se prévaloir de la garantie) ne procède pas d'une renonciation ou d'une déchéance de l'acheteur mais de la preuve que le vendeur a exécuté son obligation de transférer la propriété parfaite du bien. L'auteure précise qu'il faudrait abandonner la référence à la pertinence des moyens de défense et que c'est ce qui avait été suggéré au cours des travaux préparatoires.

[205] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Avant-projet de réforme des contrats de vente et d'échange, textes sur le contrat de vente, avril 2022 : l'esprit de l'article 1640 se retrouve à l'article 1627. Aucune trace, en revanche, d'un devoir de mettre en œuvre la garantie d'éviction dans un délai raisonnable.

à résoudre[206] le contrat dès lors que le vendeur s'est rendu coupable d'une contravention essentielle au contrat ou qu'il n'a pas livré les marchandises ni dans le délai convenu ni dans l'éventuel délai supplémentaire. Toutefois, poursuit l'article 49-2, dans le cas où le vendeur a bien livré les marchandises mais qu'elles l'ont été tardivement ou à la suite de toute autre contravention, l'acheteur est déchu du droit de déclarer le contrat résolu s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable. Lorsque la livraison est tardive, le délai commence à courir dès que l'acheteur a connaissance de l'effectivité de la livraison. S'il s'agit d'une contravention, le délai court à partir du moment où l'acheteur a eu ou aurait dû avoir connaissance de la contravention. L'article 64 de la CVIM dresse sensiblement le même régime pour le vendeur qui, placé face au paiement tardif du prix par l'acheteur doit résoudre le contrat dans un délai raisonnable sous peine d'être déchu du droit à pouvoir le faire[207]. La résolution est unilatérale, elle permet ainsi d'éviter le recours au juge ou à l'arbitre[208]. Dans les deux cas, l'acheteur et le vendeur sont sanctionnés pour ne pas avoir réagi en temps utile face à une défaillance contractuelle par la déchéance de leur droit à résoudre le contrat. Un tel mécanisme se justifie parfaitement en droit du commerce international, où l'efficacité et la rapidité imposent au contractant de ne pas imposer de longueurs inutiles à l'autre partie. C'est la voie que semble avoir choisi la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 qui, sans en faire un principe, impose aux contractant de se prévaloir de certaines sanctions dans un délai raisonnable[209].

B. Les manifestations du devoir de réaction dans d'autres contrats d'affaires

35. Les contrats spéciaux issus du monde des affaires – Le légitime besoin de réactivité que nécessite le contrat de vente est partagé avec d'autres contrats issus du monde des affaires. Les opérations juridiques qui se greffent sur les contrats de base que sont la vente et l'intermédiation, ou encore les contrats constitutifs de groupement, ont tout autant besoin de souplesse et d'efficacité. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de mettre en lumière les manifestations du devoir de réaction dans certains contrats et d'en tirer des exemples phares qui s'inscriront dans la continuité

---

[206] Notons que cette résolution peut également être anticipée : c'est ce qu'autorise l'article 72 de la CVIM qui dispose que « si, avant la date de l'exécution du contrat, il est manifeste qu'une partie commettra une contravention essentielle au contrat, l'autre partie peut déclarer celui-ci résolu ».
[207] AUDIT M., BOLLÉE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissement étrangers*, *op. cit*., n°407, pp.332-33.
[208] KESSEDJIAN C., PIRONON V., *Droit du commerce international*, 2e éd., PUF, 2020, n°514, p.302.
[209] V. *Infra*, n°60.

des illustrations précédentes tout en présentant certaines particularités nécessaires à l'élaboration d'une définition. Seront ainsi examinés divers contrats dans lesquels un devoir de réaction se dessine et démontre que son élément déclencheur ne réside pas toujours dans le dysfonctionnement du contrat mais, au contraire, dans la poursuite de son bon fonctionnement. Les devoirs de réaction pesant sur l'assureur et son assuré, celui qui irrigue les relations entre associés ou encore des utilisateurs de plateformes en ligne en constitue autant d'exemples phares.

36. Manifestation du devoir de réaction de l'assureur à l'égard de l'assuré : l'exemple de la mise en œuvre de la prescription biennale – « Invoquer une prescription acquise n'est pas un péché, écrivait Philippe Stoffel-Munck, mais le comportement adopté en marge de l'exercice de ce droit peut constituer une faute[210]. » En droit des assurances, le devoir de réaction se manifeste dans le contentieux de la prescription biennale sans toutefois toucher directement à celle-ci. L'article L.114-1 du code des assurances dispose à ce titre que « toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'évènement qui y donne naissance. » Ce délai, particulièrement court, avait été instauré par la loi du 13 juillet 1930 en réaction à la pratique des assureurs à l'égard des assurés qui consistait à stipuler des clauses réduisant le délai de prescription à seulement quelques mois[211]. Ainsi, le législateur entendait fixer une limite à la limitation contractuelle de la prescription et protéger les assurés. Aujourd'hui, force est de constater que ce délai est inadapté puisqu'il s'est retourné contre ceux qu'il entendait protéger. Les assurés sont très souvent rattrapés par le temps et les manœuvres dilatoires des assureurs[212]. La brièveté de son délai, l'iniquité qu'elle sous-tend et l'importance du contentieux qu'elle fait naître ont placé la prescription biennale au centre des critiques doctrinales[213]. Des auteurs soulignent que la jurisprudence se montre particulièrement hostile à son égard : la Professeur Garance Cattalano parle, en ce sens, d'une « jurisprudence de provocation[214]». Elle explique que

---

[210] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°93, p.89.
[211] Une telle clause n'est plus possible aujourd'hui, l'article L.114-1 du code des assurances étant exclu du champ d'application de l'article 2254 du Code civil.
[212] BEIGNER B., BEN HADJ YAHIA S., *Droit des assurances*, 3e éd., LGDJ, 2018, n°630, p.622.
[213] CHAGNY M., PERDRIX L., *Droit des assurances*, 4e éd., LGDJ, 2018, n°460, p.253 ; *adde* DURRY G., « Trente ans après ! (Ou l'évolution d'une discipline à l'aune de celle d'un ouvrage) » *in Mélanges Y. Lambert-Faivre et D.-Cl. Lambert*, Dalloz, 2002, p.165 : l'auteur propose l'établissement d'un double délai de prescription, plus court à l'égard de l'assureur, plus long à l'égard de l'assuré.
[214] CATTALANO G., « La prescription en droit des assurances et en droit de la consommation », RDC juin 2020, n°2, p.146.

la Cour de cassation lutte contre la prescription biennale par des moyens détournés : report du point de départ, causes d'interruption et de suspension appliquées largement, inopposabilité du bref délai[215]. D'où, également, cette forte tendance des juges à sanctionner la mauvaise foi de l'assureur dans la mise en œuvre de la prescription biennale[216]. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'obligation de loyauté de l'assureur de laquelle découle son devoir de réaction et qui permet de neutraliser le bénéfice de la prescription biennale dès lors qu'il a commis une faute. Retraçons son historique. Dans une affaire très remarquée, la Cour de cassation avait pu juger que commet une négligence dans l'exécution de ses obligations à l'égard de son assuré et lui doit réparation l'assureur qui, alerté par une lettre d'un expert, sait que la date d'acquisition de la prescription approche mais ne réagit pas auprès de l'assuré alors que celui-ci avait montré sa diligence en correspondant directement avec cet expert depuis deux ans[217]. À cet égard, Jean Bigot explique que le manquement de l'assureur à son obligation de loyauté peut être diversement sanctionné : par la responsabilité contractuelle mais aussi par la « privation du bénéfice de la prescription ou par le recul du point de départ de la prescription[218]». La solution a été réaffirmée par la suite avant que les juges n'adoptent une position plus nuancée[219]. Deux hypothèses semblent depuis lors s'être dessinées. La première est celle dans laquelle l'assuré ne s'est pas montré diligent, qu'il est simplement venu s'émouvoir de l'écoulement du délai de prescription. Alors, les juges estiment que l'assureur n'est pas tenu d'une obligation de conseil consistant à rappeler à l'assuré les modes d'écoulement de la prescription biennale et plus particulièrement l'imminence de son extinction[220]. La deuxième hypothèse concerne celle où l'assuré a lui-même fait preuve de diligence[221] (une auteure parle à ce titre de « condition essentielle du devoir de réaction[222]»). Dans l'affaire précitée, c'est précisément parce que l'assuré avait effectué

---

[215] *Ibid.*
[216] *Ibid.*
[217] KULLMANN J., « Assurances en général », note sous Cass. 1ère Civ., déc. 1994, Lloyd Continental c/ Société Pub St-Lazare et autres, RGDA, n°1995-1, p.57.
[218] BIGOT J., *Assurances en général*, note sous Cass. 1ère Civ., 26 novembre 1996, n°94-13468, RGDA 1997, p.142
[219] BEIGNER B., BEN HADJ YAHIA S., *Droit des assurances, op. cit.*, n°634, p.627.
[220] Cass. 1ère Civ., 2 juillet 2002, n°00-14.115, RGDA, 2002, p.700, note Kullmann J. ; Cass. 2e Civ., 26 octobre 2006, n°05-12.318 ; Cass. 2e Civ., 6 mars 2008, n°03-19.443.
[221] MAYAUX L., « Assurance : généralités », in *Rép. dr. civ.*, 2020, n°154 : « il en va autrement quand le silence est conservé à l'approche de l'expiration du délai alors que l'expert avait informé l'assureur que la prescription allait être acquise. Celui-ci a alors le devoir de réagir en transmettant l'information à l'assuré ». Tel était le cas dans l'arrêt suivant : Cass. 1ère Civ., 26 novembre 1996, n°94-13468, RGDA 1997, p.142.
[222] ABRAVANEL-JOLLY S., « Assurances en général », note sous Cass. Civ. 2e, 12 mai 2010 n°09-66.437, RGDA, 01/07/2010, n°2010-03, p.691. : sur l'arrêt d'espèce, l'auteur précise que la solution commentée

toutes les diligences nécessaires auprès de l'expert que l'absence de réaction de l'assureur avait été jugée de mauvaise foi. L'assureur avait un devoir de réaction au sens premier du terme : il devait réagir à l'action, l'interpellation de l'assuré ou se rendre coupable de mauvaise foi pour inertie. En l'absence d'action préalable de la part de l'assuré, ce dernier ne peut se plaindre d'un manquement à l'obligation de conseil de l'assureur. Depuis quelques années, la sanction semble avoir glissé de la responsabilité contractuelle à la déchéance du droit de se prévaloir de la prescription biennale pour l'assureur, notamment lorsqu'il se rend coupable de manœuvres dilatoires[223]. Remarquons enfin qu'ici, il est moins question de réagir face à l'illicite que de réagir face à une interpellation du cocontractant. L'écoulement de la prescription n'est pas un dysfonctionnement contractuel ni une illicéité. Par ailleurs, la prescription n'est pas la source du devoir de réaction mais son objet. Un contractant peut en perdre le bénéfice dès lors que son inertie coupable empêche d'en jouir celui dont le droit est menacé. Face à l'action de l'assuré qui tend vers la bonne exécution du contrat, l'assureur a le devoir de réagir à cette action préalable. Cette dernière n'est pas constituée par une illicéité, mais par ce que nous avons choisi d'appeler une interpellation contractuelle[224] : elle peut faire l'objet du devoir de réaction.

37. Manifestations du devoir de réaction de l'assuré à l'égard de l'assureur dans l'exécution du contrat – Le droit des assurances présente de nombreuses manifestations du devoir de réaction dans le cadre de l'exécution du contrat. Ce n'est pas face à un dysfonctionnement du contrat que le devoir de réaction apparait mais bien face à un évènement ou une interpellation dont l'objet porte précisément sur la bonne exécution du contrat. Prenons quelques exemples supplémentaires. Ainsi, du très célèbre article L.113-2, 4° du code des assurances qui oblige l'assuré à « donner avis à l'assureur, dès qu'il en a eu connaissance et au plus tard dans le délai fixé par le contrat, de tout sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur ». Le droit des assurances vient ici sanctionner le comportement négligent de l'assuré qui ne s'est pas montré suffisamment réactif. La déclaration tardive de sinistre peut ainsi entrainer une déchéance

« n'est pas précise et que la Cour censure les juges du fond pour n'avoir pas caractérisé la faute, mais ne se prononce pas sur la sanction invoquée en l'espèce (la déchéance).

[223] Cass. 2e Civ., 29 mars 2006, n°04-20.011 ; voir déjà en ce sens GAUTIER P.-Y., « Où c'est cette fois l'assureur qui succombe à une déchéance : à propos de la prescription biennale, note sous Cass. 1ère Civ., 28 octobre 1992, Bull. Civ. I., n°282, RTD Civ. 1992, p.588 : « Mais l'arrêt du 28 octobre va beaucoup plus loin, il ne souffle même pas un mot de la suspension et déclare radicalement que la mauvaise foi de la compagnie l'a « privée du droit de se prévaloir de la prescription ».

[224] V. *Infra*, n°90.

de garantie pour l'assuré, lorsque cette sanction a été prévue contractuellement et que l'assureur démontre que la déclaration tardive lui a causé un préjudice[225]. En la matière, l'évènement qui déclenche le devoir de réaction est la survenance d'un sinistre de nature à entraîner la garantie de l'assureur. L'évènement n'est pas dysfonctionnel et encore moins illicite. Un élément, la survenance du sinistre, vient simplement perturber l'ordre contractuel préétabli et appelle une réaction. Il relève davantage de la bonne exécution du contrat et tend vers son efficacité. Dans la même veine, l'article L.113-2, 3° du code des assurances impose à l'assuré de déclarer les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence d'aggraver ou de créer de nouveaux risques et ce, dans un délai de quinze jours après leur survenance. En revanche, l'assuré peut tout à fait avoir à réagir face à un dysfonctionnement dans le cadre de l'exécution de son contrat d'assurance sous peine de voir sa garantie frappée d'une exclusion légale. C'est l'hypothèse qu'encadre l'article L.113-1 du code des assurances qui dispose que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Une faute dolosive se caractérise par un manquement de l'assuré à ses obligations dont la conséquence est de supprimer l'aléa, fondamental au contrat d'assurance[226]. L'absence de réactivité peut tout à fait être à l'origine d'une faute dolosive de l'assuré[227]. Le manquement au devoir de réaction prendrait alors la forme d'une sorte de passivité consciente qui conduirait à la suppression de l'aléa. Tel serait le cas d'un architecte qui laisserait se poursuivre des travaux tout en sachant qu'ils ne respectent pas le permis de construire[228] ou du propriétaire d'une grange dont l'effondrement avait été rendu inéluctable à la suite de l'absence de réaction de sa part aux nombreux rapports d'experts constatant des désordres[229]. L'exclusion de garantie vient alors frapper l'assuré afin de sanctionner son comportement dolosif.

38. Manifestations du devoir de réaction de l'assureur à l'égard de l'assuré dans l'exécution du contrat - Le devoir de réaction se manifeste également à l'égard de l'assureur dans le cadre de la déclaration des risques en cours de contrat. Si l'assuré doit, en principe, déclarer les circonstances nouvelles à l'assureur dans un délai

[225] BEIGNER B., BEN HADJ YAHIA S., *Droit des assurances, op. cit.*, n°451, p.435.
[226] LAMBERT-FAIRE Y., LEVENEUR L., *Droit des assurances*, 14e éd., Dalloz, 2017, n°433, p.320.
[227] PÉLISSIER A., « Faute intentionnelle ou dol », RDI 2021, p.262.
[228] Cass. 3e civ., 21 décembre 2017, n°16-26.051
[229] Cass. 2e civ., 25 octobre 2018, n°16-23.103

de quinze jours à partir du moment où il en a eu connaissance[230], l'assureur dispose d'un délai de 10 jours après réception de la lettre recommandée pour réagir à cette proposition de modification de contrat sous peine d'être considéré comme l'ayant acceptée[231]. Si l'assureur décide de réagir à l'aggravation des risques, l'article L.113-4 du code des assurances lui offre plusieurs solutions : il peut, à certaines conditions, résilier ou renégocier le contrat. En revanche, si l'assureur n'a pas réagi au terme du délai de dix jours, l'article L.113-4 du code des assurances l'empêche de se prévaloir de l'aggravation des risques et présume son consentement au maintien du contrat d'assurance. Cette présomption de renonciation au droit de dénoncer ou modifier le contrat peut tout à fait s'analyser comme une déchéance venant sanctionner l'absence de réaction de l'assureur. Ici encore, c'est l'interpellation contractuelle de l'assuré qui déclenche le devoir de réaction de l'assureur.

39. Les manifestations du devoir de réaction dans les relations entre associés – Le droit des sociétés impose des devoirs de réaction aux associés de la même veine que ceux que nous venons de rencontrer en droit des assurances. C'est dans le cadre des procédures d'agrément qu'il se manifeste principalement. Prenons l'exemple, dans les SARL, de la procédure légale d'agrément dont on peut trouver trace à l'article L.223-14 du code de commerce. Les parts sociales ne peuvent être cédées à un tiers étranger qu'à la condition de respecter une telle procédure. La cession de parts sociales doit respecter un certain nombre de conditions parmi lesquelles se retrouve l'obligation de notification de la cession à la société et aux associés[232]. Une fois le projet de cession correctement notifié à ces derniers, la société doit faire connaître sa décision dans un délai de trois mois. Si la société est restée silencieuse, son consentement à la cession est réputé acquis[233]. Dans les sociétés par actions, qui n'ont pas à respecter de procédure légale d'agrément mais qui ont toute liberté de stipuler des clauses d'agrément dans leurs statuts, le principe est le même. L'article L.228-24 du code de commerce dispose à ce titre que « l'agrément résulte, soit d'une notification soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande[234]». Dans tous les cas, l'absence de réaction des

[230] Art. L.113-2. C. ass.
[231] Art. L.112-2, C. ass.
[232] LE CANNU P., DONDERO B., *Droit des sociétés*, 7e éd., LGDJ, 2018, n°1313, p.878.
[233] Art. L.223-14 alinéa 2 du Code de commerce.
[234] Sur l'application de cet article aux SAS, voir : MOURY J., « De l'applicabilité à la SAS de l'article L.228-24 du code de commerce, note sous com., 8 mars 2018, n°17-40.079, RTD Com., 2018, p.719.

associés les déchoit de leur droit à contester la cession effectuée avec un tiers. Si, toutefois, ils décidaient de refuser l'agrément dans le délai imparti, ils disposent d'un délai de trois mois (prorogeable judiciairement jusqu'à six mois) pour acquérir ou faire acquérir les parts sociales objets de la cession[235]. En revanche, l'alinéa 5 de l'article L.228-14 dispose que si aucune solution n'est intervenue à l'expiration du délai, l'associé peut réaliser la cession initialement prévue. Le rachat en temps utile conditionne donc le refus des associés et l'efficacité de la procédure d'agrément. Si la société et les associés ont tardé à réagir, l'associé cédant pourra librement céder ses parts au tiers sans que la société, déchue de ses droits, ne puisse la contester[236]. Enfin, il est tout à fait remarquable que certaines sociétés dites « verrouillées[237]» aient la particularité de ne prévoir aucun délai d'agrément obligatoire pour la société : tel est le cas de la société en nom collectif (SNC). Dans ce cas précis, c'est la responsabilité civile de l'associé qui vient combler l'absence de délai et borner temporellement et moralement le comportement de l'associé : le coassocié qui tarderait indéfiniment à donner son agrément risque d'être sanctionné sur le fondement de l'abus de droit par abstention[238]. Constatons enfin que le devoir de réaction ici mis en lumière n'a pas, non plus, pour objet de répondre à un dysfonctionnement contractuel mais bien à une interpellation contractuelle (sous forme de notification) de la part de l'associé à l'égard de la société et des autres associés, en vue de la réalisation de la procédure d'agrément et de la perfection du contrat de cession de parts sociales. L'ordre contractuel ainsi troublé par la volonté de vendre et l'éventuelle survenance d'un tiers appelle une réaction. L'action de l'un entraîne la réaction de l'autre.

40. Les manifestations du devoir de réaction en droit de la distribution : l'exemple du règlement n°2019/1150 (*Platform to Business)* – L'exemple qui va suivre présente plusieurs intérêts : d'abord, il est issu du droit communautaire témoignant ainsi du large spectre juridique dans lequel le devoir de réaction peut servir d'outil. Ensuite, il s'intègre pleinement dans le mouvement de règlementation des pratiques commerciales issues des nouvelles technologies et du cybercommerce, et des grandes problématiques juridiques que soulève le droit des

---

[235] Art. L.223-14 alinéa 3 du Code de commerce.
[236] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°161, p. 169.
[237] COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 32e éd., LexisNexis, 2019, n°1662, p.668.
[238] BARBIER H., « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », note sous Com. 6 février 2019, n°17-20.112, inédit, D.2019.568, note A. Tadros ; Rev. Sociétés 2019.236, note I. Beyneix, RTD Civ. 2019, p.236

plateformes à l'égard desquelles les obligations se multiplient[239]: des obligations de loyauté, de transparence mais également un accroissement de leur responsabilité sociale[240]. Leur besoin de fluidité et de rapidité constitue un terreau fertile à la réactivité, où le devoir de réaction est en plein essor et risque de devenir un outil essentiel de la règlementation des nouvelles formes contractuelles. Le règlement (UE) n°2019/1150 du 20 juin 2019, entré en vigueur le 12 juillet 2020, promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (« *Platform to Business* ») est destiné à encadrer les relations entre les places de marchés (plateformes) de l'Internet et les revendeurs professionnels ainsi qu'à limiter les positions dominantes qu'occupent les plateformes[241]. La majorité des dispositions sont consacrées aux conditions générales contractuelles puisque ces dernières constituent la matrice des relations entre plateformes et utilisateurs[242]. Une partie du règlement est consacrée aux modifications des conditions générales. Cela se justifie : « l'hypothèse est assez courante dans la mesure où les conditions générales sont appelées à évoluer pour tenir compte de changements techniques ou opérationnels, pour des considérations commerciales ou pour toute autre cause[243] ». Le règlement dispose ainsi, en son article 3, que « les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne notifient aux entreprises utilisatrices concernées, sur un support durable, tout changement proposé de leurs conditions générales ». L'alinéa suivant poursuit en énonçant que « les changements proposés ne sont appliqués avant l'expiration d'un délai de préavis raisonnable et proportionné à la nature et à l'étendue des changements envisagés et à leurs conséquences pour l'entreprise utilisatrice concernée. » Ce délai ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date à laquelle « le fournisseur de services d'intermédiation en ligne notifie aux entreprises utilisatrices les changements proposés ». Pendant ces quinze jours minimum, l'utilisateur a le droit de résilier le contrat. En raison de la nature particulière de ce secteur d'activité et du déséquilibre structurel des contrats, le législateur européen a permis cette règle exorbitante qui déroge au droit commun des conditions générales[244]. Grégoire Loiseau

---

[239] DELPECH X., « Propos introductifs », in DELPECH X. (dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes,* Dalloz, 2021, p.9

[240] HOUTCIEFF D., « Les plateformes au défi des qualifications », *loc. cit.,* p. 51, spéc. p. 56.

[241] DELPECH X., « La loyauté et la transparence, les deux piliers d'un droit des plateformes », AJ contrat 2020, p.301.

[242] LOISEAU G., « La protection contractuelle des travailleurs de plateformes », D.2021, p.147.

[243] *Ibid.*

[244] Exprimé en droit français par l'art. 1119 du Code civil : « Les conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptés. »

note que ce mécanisme profite davantage à la plateforme qu'à l'utilisateur[245]. En effet, l'utilisateur n'a, pendant ce délai raisonnable, d'autres choix que d'accepter ou de résilier le contrat. Une fois le délai écoulé, il est déchu de son droit à résiliation pour juste motif. Le devoir de réaction qui pèse sur l'utilisateur a donc, lui aussi, la particularité de ne pas reposer sur la constatation d'une illicéité mais de faire suite à une action préalable de la plateforme. La modification unilatérale de son partenaire lui impose de choisir entre deux prérogatives dont elle dispose. La plateforme interpelle ainsi l'utilisateur en lui intimant de choisir entre l'acceptation de la modification unilatérale des conditions générales ou la résolution du contrat. Son inertie profite ensuite à la plateforme.

C. Les manifestations du devoir de réaction en droit de l'arbitrage

41. La place du devoir de réaction dans l'arbitrage – Le passage en revue des différentes manifestations du devoir de réaction dans les contrats d'affaires nous amène assez logiquement à celui qui permet de résoudre ses litiges : l'arbitrage. Le droit de l'arbitrage occupe une place particulière dans l'étude du devoir de réaction. C'est en la matière qu'il a été nommé et autonomisé pour la première fois. Le Professeur Jarrosson, d'abord, l'a mentionné sous forme d'intuition[246], avant que les Professeurs Clay et Barbier ne le confirment sous forme de notion[247]. L'hypothèse d'un devoir de réaction en matière arbitrale est assez naturelle. Il s'agit là d'un mode alternatif de règlement des litiges auquel on prête classiquement plusieurs avantages qui cristallisent toute son attractivité : la discrétion, l'efficacité mais surtout, la célérité[248]. La rapidité de l'arbitrage est consubstantielle à sa raison d'être, elle se dilue dans la procédure comme un remède au temps judiciaire[249]. C'est un droit des délais brefs comme en témoigne, par exemple, l'article 1463 du code de procédure civile qui dispose qu'à défaut de fixation

---

[245] LOISEAU G., *loc. cit.* : (…) bien qu'il faille convenir qu'il est le seul moyen de concilier les intérêts en présence, celui des prestataires qui peuvent ne pas vouloir poursuivre la relation contractuelle à des conditions modifiées et celui de la plateforme de pouvoir adapter et faire évoluer les conditions générales sans dépendre pour cela de l'accord de chacun des contractants alors que les conditions générales sont par nature uniques et uniformes. »

[246] JARROSSON CH., « Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitrage », art. préc. : « Le premier garde-fou consiste à ce que l'on pourrait appeler un devoir de réaction ».

[247] CLAY Th., « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », art. préc. ; CLAY Th., « Tecnimont, saison 5 : la dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction », art. préc. ; BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc., p.856.

[248] ORTSCHEIDT J., SERAGLINI C., *Droit interne et international de l'arbitrage*, 2e éd., LGDJ, 2019, n°45, p. 61.

[249] LOQUIN E., « Le temps dans l'arbitrage », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *Le temps et le droit,* travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.5.

d'un délai dans la convention d'arbitrage, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois. Au-delà du seul arbitre, la célérité intrinsèque de l'arbitrage impose nécessairement, plus que dans n'importe quel contrat, une réactivité à tous les niveaux et sur tous les acteurs[250]. La doctrine a très tôt relativisé cette célérité en raison du comportement opportuniste de certaines parties qui ont parfois tout intérêt à faire durer exagérément ou inutilement la procédure. Ainsi, pour un auteur, « l'attitude des opérateurs économiques n'est pas dénuée d'ambiguïtés vis-à-vis de cette recherche de célérité : selon les litiges auxquels il doit faire face, un même opérateur sera plus ou moins attaché à faire rapidement progresser une instance arbitrale, selon qu'il est demandeur ou défendeur, pressé ou non de voir le litige résolu[251]». D'autres auteurs constatent une « dégradation des mœurs arbitrales[252] ». La préservation de l'efficacité du contrat d'arbitrage dont la rapidité est l'une des clés, implique une démultiplication des règles visant à lutter contre la lenteur et l'opportunisme[253], à une meilleure discipline des parties. Pour le Professeur Clay, « la réaction est dans l'ADN de l'arbitrage et cela se traduit dans son régime juridique, tout entier tourné vers l'efficacité, dont la réactivité est une composante[254]». C'est la raison pour laquelle le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage a instauré un certain nombre de règles en ce sens. Parmi elles, un véritable devoir de réaction a été mis à la charge des parties placées face à une irrégularité du tribunal arbitral à l'article 1466 du code de procédure civile. L'étendue et la place prépondérante qu'a pris le devoir de réaction en la matière nous invite à retracer son historique. C'est dans le contentieux de l'indépendance de l'arbitre qu'il s'est manifesté le plus remarquablement.

42. L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre – Lorsqu'un arbitre est désigné pour remplir une mission, il doit présenter certaines qualités : parmi elles, l'indépendance et l'impartialité. L'indépendance d'un arbitre peut se définir comme l'absence de lien entre l'arbitre et les différents protagonistes de l'affaire : non seulement les parties mais aussi leurs conseils et les co-arbitres. L'arbitre ne doit pas être en position

---

[250] CLAY TH., « La réactivité dans l'arbitrage », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.51.
[251] ORTSCHEIDT J., SERAGLINI C., *Droit interne et international de l'arbitrage, op. cit.*, n°46, p. 62.
[252] FOUCHARD PH., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°2, p.3.
[253] ORTSCHEIDT J., « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », Revue Justice & Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p.85 ; *adde* : CLAY TH., « La réactivité dans l'arbitrage », préc., p.53.
[254] CLAY TH., « Tecnimont Saison 6 : entre action et réaction », art. préc.

de conflit d'intérêts. L'impartialité se distingue de l'indépendance en ce qu'elle ne concerne que l'absence de préjugé. La traduction procédurale de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre réside dans le devoir de révélation.

43. Contenu du devoir de révélation – Pour préserver l'efficacité du contrat, de nombreux régimes spéciaux imposent une obligation de révélation avant ou pendant l'exécution du contrat et sans laquelle l'intéressé s'expose à des sanctions variables. Synonyme d'information, la révélation du conflit d'intérêts avant de s'engager ou d'exécuter sa prestation constitue une mesure d'importance primordiale : elle a pour objet d'avertir de l'existence d'un risque et de permettre aux personnes explorées de réagir pour la préservation de leurs intérêts. Cette obligation de révélation traverse plusieurs contrats dont la figure emblématique est celle du contrat d'arbitrage. L'obligation de révélation est a été consacrée par la réforme du 13 janvier 2011 à l'article 1456 du code procédure civile, qui dispose qu'il « appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acception de sa mission ». L'arbitrage international connaît également cette exigence de transparence puisque l'article 1506 du code de procédure civile permet aux parties d'appliquer l'article 1456 du même code. De plus, la plupart des règlements d'arbitrage comprennent une procédure de révélation[255]. Pour n'en citer qu'un seul, l'article 11.2 du règlement CCI enjoint les arbitres à révéler faits et circonstances susceptibles de porter atteinte à leur indépendance ou leur impartialité[256]. La révélation doit s'opérer sur le reflet de l'esprit des parties : elle doit porter sur des circonstances objectives qui engendrent le sentiment subjectif du doute au sein de ces dernières. Si l'arbitre a manqué à son devoir de révélation, la partie victime peut exercer un recours en annulation de la sentence. L'article 1492 du code de procédure civile ouvre six cas de recours en annulation : parmi eux, le 3° ouvre un recours dès lors que le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué[257]. Pour obtenir l'annulation d'une sentence sur le fondement de l'irrégularité du tribunal arbitral, encore faut-il que la partie

---

[255] Voir par exemple : art. 11 du règlement CNUCI ; art. 7.1 de La Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA) ; art. 7.1 du règlement de l'A*merican Arbitration Association* (AAA) ; art. 2 de l'*International Bar Association* (IBA).

[256] ICC, *Rule of arbitration of the International Chamber of Commerce*, éd. 2016, art. 11.2.

[257] Une disposition similaire existe pour l'arbitrage international à l'article 1520 du code de procédure civile : « Le recours en annulation n'est ouvert que si : (…) 3° le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué.

s'en soit prévalue à temps. En effet, le débat s'est progressivement déplacé de l'étendue de l'obligation de révélation au moment de la réaction de la partie victime. Très tôt, la doctrine a remarqué dans la jurisprudence qu'un devoir de réaction pesait sur la partie mécontente et l'obligeait à se prévaloir sans délai de son motif sous peine d'être considérée comme y ayant renoncé[258]. Le Professeur Jarrosson remarquait alors que certains griefs sont « comme des denrées périssables : ils doivent être utilisés à point[259]». Il s'agit de purger, par la réactivité, la procédure arbitrale, de prévenir le comportement opportuniste des parties qui consisterait à taire sciemment le grief, de s'en servir comme d'une munition glissée dans une chambre prête à exécuter la sentence si celle-ci leur était défavorable[260]. C'est en substance la règle qu'est venu consacrer l'article 1466 du code de procédure civile, applicable à l'arbitrage interne comme international[261]. Ce dernier dispose que « la partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. » Le « temps utile » est-il laissé à la libre appréciation des arbitres ou des juges de l'annulation ? Peut-il être contractualisé ? À l'image, par exemple, de l'article 11-2 du règlement d'arbitrage de la CCI qui offre un délai de 30 jours pour agir en récusation après la découverte d'irrégularité ? C'est précisément ce délai qu'avaient contractualisé les parties qui s'opposaient dans la très célèbre affaire *Tecnimont*, qui a donné naissance au devoir de réaction en matière arbitrale. Toute la question était alors de savoir si l'absence de réaction d'une partie dans le délai contractuel face à l'irrégularité pouvait conduire à la déchéance de son droit à demander l'annulation de la sentence pour ce motif.

44. La saga jurisprudentielle « *Tecnimont* » : la progressive dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction – À l'origine de l'affaire, un litige opposait une société italienne (*Tecnimont*) à une société de droit grec (*Avax*). Ces dernières avaient saisi la CCI de Paris et un tribunal arbitral avait rendu une sentence le 10 décembre 2007. Le président du tribunal arbitral s'était rendu coupable

---

[258] CADIET L., « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. Arb., 1996, p.3. ; v. également en ce sens : CLAY T., *L'arbitre*, préc., n°381, pp.320-321.
[259] JARROSSON CH., « Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitrage », art. préc., n°15.
[260] CLAY T. (dir.), *Code de l'arbitrage commenté*, LexisNexis, Paris, 2015, comm. sous art. 1466 CPC, p.100.
[261] Art. 1506, 3° du code de procédure civile applique par renvoi, sous réserve de la volonté des parties, l'article 1466 à l'arbitrage international.

d'un manquement à l'obligation d'indépendance et sa sentence avait fait l'objet d'un recours en annulation de la part de la société *Avax* qui lui reprochait notamment le caractère insuffisant et progressif de sa déclaration d'indépendance. Toutefois, ce recours intervenait en violation du délai de 30 jours contractualisé par les parties pour soulever une irrégularité. Tel est le contexte qui donna lieu à six arrêts et plus de onze ans de procédure. La première période du contentieux, sur laquelle nous passerons rapidement, porta davantage sur l'étendue et la précision de l'obligation de révélation que sur le devoir de réaction. La Cour d'appel de Paris annula, dans un premier temps, la sentence arbitrale pour défaut d'indépendance[262]. Son arrêt fut censuré par la Cour de cassation, qui reprocha aux juges du fonds de ne pas avoir examiné la demande d'irrecevabilité de l'action en nullité de la sentence, car la quasi-totalité des faits dénoncés figurait déjà dans la requête en récusation portée devant le centre d'arbitrage[263]. Le débat s'orienta alors vers le devoir de réaction des parties. L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'appel de Reims, qui écarta l'argument du non-respect du délai stipulé dans le règlement d'arbitrage auquel n'était pas tenu le juge de l'annulation et en profita pour prononcer à nouveau l'annulation de la sentence pour défaut d'indépendance de l'arbitre[264]. Un nouveau pourvoi fut formé devant la Cour de cassation qui, cette fois-ci, se montra beaucoup plus précise et fit glisser le débat de l'obligation de révélation au devoir de réaction des parties. Pour les hauts magistrats, la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation est réputé avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation. Ainsi, l'irrégularité de constitution d'un tribunal arbitral doit être contestée devant l'organe que les parties ont choisi et dont le délai tient non seulement les parties, mais aussi le juge de l'annulation[265]. Fondu dans le devoir de réaction des parties, le manquement supposé de

---

[262] Paris, 12 février 2009, n°07/22164, D.2009.2959, obs. T. Clay, Rev. Arb. 2009.186, note T. Clay, LPA 2009, n°44, note M. Henry, Bull. ASA 2009.520, note P. Schweizer ;

[263] Cass., civ. 1ère., 4 novembre 2010, n°09-12.716, D.2010.2933, obs. Th. Clay, Cah. Arb. 2010.1147, note Th. Clay; JCP G 2010, II, 1306, note B. Le Bars et J. Juvénal; LPA 2011, n°36, p.17, obs. M. Henry; Rev. Arb. 2010.824; Kluwer Arbitration Blog 5 novembre 2010, obs. A. Mourre; D.2010.2939, obs. Th. Clay, JCP G 2010.I.1286, §2, obs. C. Seraglini, Paris Journal. Of. Int. Arb. 2010.1147, note Th. Clay.

[264] Reims, 2 novembre 2011, n°10/02888, D.2011.3023, obs. Th. Clay; RTD Com. 2012.518, obs. E. Loquin; Cah. Arb. 2011.1109, note Th. Clay; LPA 2012, n°142, p.3, obs. L. Kanté; Rev. Arb. 2012.112, note M. Henry; Gaz. Pal. 2012, n°22-24, p.15, obs. D. Bensaude; Bull. ASA 2012.197, note T.P. Heintz et G. Vieira Da Costa Cerqueira ; D.2011.3023, obs. Th. Clay.

[265] Cass. civ., 1ère, 25 juin 2014, n°11-26.529, Tecnimont SPA (Sté) c./ J&P Avax (Sté), D.2014.1985 ; D.2014.1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée, D.2014.1981, avis P. Chevalier ; D.2014.1986, note B. Le Bars ; 2014.2541, obs. Th. Clay; JCP 2014.1278, obs. Th. Clay, JCP 2014 Doctr. 857§4, obs. C. Seraglini, JCP 2014 Doctr 977§9, obs. C. Nourissat; LPA 2014, n°215, p.5, obs. M. Henry; Cah. Arb. 2014.547 note Th. Clay, Rev. Arb. 2015.85, note J.-J. Arnaldez et A. Mezghani

l'arbitre à son obligation de révélation et d'indépendance ne pouvait plus justifier l'annulation de la sentence. C'est ce qu'est venue juger la cour d'appel de renvoi dans un arrêt très remarqué du 12 avril 2016[266].

45. L'exception de tardiveté au principe de révélation - Après avoir rappelé le principe de révélation, la Cour d'appel de Paris a érigé plusieurs exceptions que le Professeur Clay a précisément résumées[267]: outre les exceptions de notoriété (n'ont pas besoin d'être révélés les informations aisément accessibles), d'antériorité (n'ont pas besoin d'être révélés les informations révélées postérieurement mais qui ne sont pas de nature à aggraver de manière significative les doutes sur l'indépendance de l'arbitre) et d'insignifiance (n'ont pas à être révélées les informations qui ne sont pas de nature à créer un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre), c'est l'exception de tardiveté qui nous intéresse le plus. L'exception de tardiveté peut prendre une forme procédurale lorsqu'elle repose sur l'article 1466 du code de procédure civile et contractuelle lorsque le standard du « temps utile » mentionné dans ce dernier a été contractualisé par les parties à travers leur volonté d'appliquer un règlement d'arbitrage. Autrement dit, le devoir de réaction joue dès lors que les circonstances de nature à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre ont été révélées avant l'expiration du délai prévu contractuellement. Si la partie ne s'est pas prévalue du motif d'irrégularité en temps utile, elle ne peut plus s'en prévaloir par la suite. Le devoir de réaction est ainsi venu supplanter la question de l'indépendance et de la révélation[268]: il s'agit moins de savoir si les arbitres sont ou ne sont pas indépendant que de savoir si les parties ont réagi à temps. C'est la raison pour laquelle le Professeur Clay parle de « dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction[269]».

46. L'exception de notoriété crée également un devoir de réaction - Notons ensuite que l'exception de notoriété suppose également un devoir de réaction. Les parties doivent effectuer des recherches et réagir lorsqu'elles découvrent quelque

---

[266] Paris, 12 avril 2016, n°14/14884, D.2016.2589, obs. Th. Clay; RTD Civ. 2016.856, obs. H. Barbier; Rev. arb. 2017.234, note E. Loquin ; Cah. Arb. 2016.447, note Th. Clay., *contra* HENRY M.., « Tecnimont 2016 : le devoir de réaction à l'aune d'un arrêt réactionnaire », note sous Paris, Pôle 1-Ch.1, 12 avril 2016, Rev. Arb., 2017, n°3, p. 949 et s.
[267] CLAY Th., « Tecnimont Saison 6 : entre action et réaction », art. préc., p.447.
[268] ORTSCHEIDT J., SERAGLINI C., *Droit de l'arbitrage interne et international, op. cit.*, n°754, p.747 ; v. également en ce sens : KENFACK H., *Droit du commerce international*, *op. cit.,* p.76.
[269] CLAY Th., *loc. cit.*

chose. En consacrant un devoir de vigilance à l'égard des parties, les juges ont retenu une acception large du devoir de réaction : « elles ne doivent pas seulement réagir mais chercher ce qui pourrait les faires réagir[270]». Ce devoir de vigilance s'arrête, heureusement, là où commence l'instance et ne devrait pas se poursuivre au cours de celle-ci[271].

47. Épilogue de la jurisprudence Tecnimont - Enfin, l'épilogue de la jurisprudence Tecnimont eut lieu par un arrêt du 19 décembre 2018 de la Cour de cassation[272] qui vint calquer son raisonnement sur celui des juges du fond, confirmant ainsi l'existence d'un devoir de réaction. Un épilogue bienvenu en ce qu'il a manipulé les devoirs et obligations des parties à la manière d'une poupée russe (indépendance, révélation, réaction) qui a ceci de surprenant que c'est finalement le devoir de réaction qui est la plus englobante.

II. La présence du devoir de réaction dans d'autres contrats spéciaux

48. La place du devoir de réaction dans d'autres contrats spéciaux – Le devoir de réaction dépasse largement les frontières de son environnement naturel que sont les contrats d'affaires. Pour s'en convaincre, nous ne procéderons pas à une liste exhaustive[273] des manifestations du devoir de réaction dans les contrats spéciaux mais nous retiendrons deux grands exemples : le contrat de travail (**A**) et le cautionnement (**B**). Dans l'un comme dans l'autre, le devoir de réaction se manifeste dans plusieurs hypothèses qui viennent prouver à la fois son essor et sa pénétration dans de nombreux

---

[270] *Ibid.*
[271] *Ibid.*
[272] Cass., 1ère civ., 19 décembre 2018, n°16-18.349, Sté J&P Avax C/ Sté Tecnimont, Dalloz Act., n°29 obs. J. Jourdan-Marques, D.2019.24, obs. C. Debourg, Gaz. Pal. N°02 p. 31, Obs. C. Berlaud, Dalloz Act. 01/02/2019, obs. C. Debourg. JCP E n°15, p.1177, obs. A. Constans.
[273] D'autres contrats spéciaux offrent des illustrations du devoir de réaction. Par exemple, en droit des transports, l'article L.133-3 du code de commerce dispose : « La réception des objets transportés éteint toute action contre le voiturier pour avarie ou perte partielle si dans les trois jours, non compris les jours fériés, qui suivent celui de cette réception, le destinataire n'a pas notifié au voiturier, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée, sa protestation motivée ». Encore, en droit des baux locatifs, les travaux énergétiques ou d'adaptation du logement aux personnes en situation de handicap peuvent être réalisés aux frais du locataire qui doit obtenir l'autorisation du bailleur. Son absence de réponse dans un délai de deux mois vaut acceptation (Art. 2, décret n°2016-1282 du 29 septembre 2016). Citons encore l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux dont l'article 1728 impose au bailleur de garantir les troubles dès lors que ceux-ci lui ont été dénoncés en « temps utile » (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Avant-projet de réforme des contrats spéciaux, préc., art. 1728)

contrats. Ses manifestations offrent ensuite des indications pertinentes pour identifier et définir le devoir de réaction.

A. Les manifestations du devoir de réaction dans le contrat de travail

49. Le modèle du salarié réactif et le devoir de réaction – L'essor du devoir de réaction en droit du travail et la pression temporelle accrue qu'il fait peser sur les salariés laisse apparaître un sujet clivant. Le contexte d'un glissement de la réactivité dans la prestation de travail *stricto sensu* à un devoir de réaction juridique mérite quelques explications. Retraçons brièvement son historique. Depuis la fin des années 80, le management traditionnel pyramidal fondé sur les théories tayloristes s'est essoufflé[274] au profit d'un nouveau système horizontal que les entreprises ont conjugué avec les nouveaux outils du numérique. De nouvelles pratiques ont alors émergées, destinées à soutenir la compétitivité, la réactivité et l'adaptabilité requises par les exigences évolutives et productives de l'économie de marché. Cette révolution s'est accompagnée d'une mise en avant des qualités et comportements nécessaires à l'accompagnement des mutations technologiques et numériques dans l'entreprises. Les pratiques[275] qui en découlent ont en commun d'avoir pour objectif ou composante « la recherche de la réactivité[276]». Depuis lors, de nombreux auteurs se sont non seulement évertués à proposer des contre-modèles[277], mais aussi à décrire juridiquement les

---

[274] GIRARD B., *Histoire des théories du management en France, Du début de la Révolution industrielle au lendemain de la Première guerre mondiale*, l'Harmattan, 2015, p. 211 et s. : on lui reprochait notamment d'être obsolète et d'être un facteur d'affaiblissement de productivité ; v. également en ce sens : BRESSY G., KONKUYT CH., *Management et économie des entreprises*, 12e édition, Sirey, 2018, p.367 : « le taylorisme se trouve fondamentalement remis en question aujourd'hui par le fait que la qualité et la réactivité sont devenues les nouveaux critères de la compétitivité et qu'elles nécessitent de nouveaux modes d'organisation ».

[275] Quelques exemples : Le *lean management* (technique qui repose sur une coordination horizontale entre unités et des plans de productions adaptables), le *ranking* (qui consiste à classer les salariés en plusieurs catégories selon leurs performances ou *benchmarking* (outil de comparaison des concurrents qui réussissent le mieux pour analyser les meilleures pratiques et adopter ces dernières).

[276] BRESSY G., KONKUYT CH., *loc. cit.,* p.379 et p.434.

[277] ROBBINS S., JUDGE T., *Comportements organisationnels*, 18e édition, Pearson, p.624 : De nouvelles techniques de management tentent aujourd'hui de gommer les effets pervers de la révolution managériale : par exemple, la technique de « l'organisation apprenante ». Cette dernière critique l'accroissement de la réactivité car « elle détourne l'attention du management vers la résolution de problèmes, au détriment de la création. Une trop grande réactivité détruit l'innovation, bloque l'amélioration continue et conduit les gens à courir en tous sens pour éteindre les incendies ». Cela suppose un retour au temps long et à la décision réfléchie qui permettent davantage de créativité. Si elle reste isolée, cette nouvelle doctrine de management tente aujourd'hui d'atténuer les effets pervers de la révolution managériale et de déconstruire le mythe d'une réactivité nécessairement efficace.

manifestations et les conséquences de cette réactivité exacerbée[278]. Selon le Professeur Alain Supiot, un devoir de réaction est imposé dans une relation institutionnelle lorsqu'un contrôle est délégué ou que des objectifs sont fixés, obligeant le salarié à réagir « aux signaux qui lui parviennent de son environnement, en sorte à réaliser les objectifs fixés par le programme[279]». Sa santé est alors mise en jeu : pathologies[280], risques psychosociaux[281], harcèlement moral provoqué par la méthode d'organisation et les technologies utilisées[282], hyperconnexion et phénomène de « laisse électronique[283]», le tout pouvant, de manière générale, porter atteinte à la dignité des salariés[284]. L'employeur est ainsi de plus en plus confronté, dans le cadre de son obligation de sécurité, à la prévention et à la gestion des atteintes à la santé mentale du travailleur. De tels risques contribuent, en parallèle, à accroître le devoir de réaction de l'employeur[285]. L'accélération dans la vie professionnelle conduit immanquablement l'accélération du rythme juridique et à l'essor d'un devoir de réaction juridique qui, comme en témoigne les lignes suivantes, est relativement endigué.

50. Les manifestations du devoir de réaction du salarié – Un auteur remarquait que le droit du travail contemporain s'applique à maîtriser le silence de l'employeur, qui est traqué, et celui de ses interlocuteurs, qui est en voie d'être domestiqué[286]. Si, d'intuition, l'employeur devrait être soumis à une réactivité plus forte que les salariés, ces derniers n'en restent pas moins tenus de réagir promptement à l'interpellation de l'employeur sous peine d'être dans l'impossibilité de se prévaloir d'un droit. Naturellement, la forte protection qui entoure les droits du salarié le protège d'une exigence de réactivité trop intense. Nous n'aborderons pas ici certaines prestations de

---

[278] PEPINO C., *La performance en droit des affaires*, Thèse, Aix-en-Provence, 2018, n°5, p. 19 ; v. également en ce sens : SOLIVERES A.-V., *Le salarié dans la compétition*, Thèse, Paris II, 2018, n°328, p.314.
[279] SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres*, cours au Collège de France, Fayard, 2015, p.240.
[280] WILLMANN CH., « Pathologies psychiques : le tableau sombre des maladies professionnelles », Droit social, 2020, p.995 ; *adde* : AUBERT N., *Le culte de l'urgence, La société malade du temps*, *op. cit.,* p.142.
[281] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, 6e éd., LGDJ, 2018, n°778, p.592 ; *contra* : MORVAN P., « La mode des risques psychosociaux », Droit social 2013, p.965.
[282] GAURIAU R., « Ressenti d'une souffrance collective et harcèlement moral », note sous Cass. soc. 3 mars 2021, n°19-24.232, Revue de droit du travail 2021, p.376.
[283] LOISEAU G., « La déconnexion, Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », Droit social 2017, p.463 ; RAY J.-E., « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit social 2016, p.912.
[284] ADAM P., « La « dignité du salarié » et le droit du travail », Rev. trav., 2014, p.168.
[285] Sur le devoir de réaction dans le cadre de l'obligation de sécurité de l'employeur : v. *Infra*, n°71 et s.
[286] MATHIEU C., « L'ambivalence du silence en droit du travail », *in* MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir.*)*, *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.49.

travail qui commandent une réactivité particulière, et dont la tendance à contaminer tout le marché du travail a été décrite en d'autres lieux[287]. Le salarié peut cependant être tenu à un devoir de réaction de nature juridique dans le cadre strict de son contrat de travail qui, fort heureusement, se manifeste exceptionnellement. La manifestation la plus évidente du devoir de réaction du salarié concerne la proposition de modification du contrat de travail par l'employeur au salarié pour un motif économique. Si l'accord du salarié doit être exprès pour toute modification du contrat de travail[288], le silence du salarié peut exceptionnellement valoir acceptation dès lors que la proposition de modification repose sur un motif économique[289]. Il est possible de trouver trace de cette exception législative à l'article L.1222-6 du code du travail. Celui-ci dispose que l'employeur qui envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour des motifs économiques légalement déterminés doit d'abord la proposer au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. Cette lettre doit informer le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai passe à seulement quinze jours lorsque l'entreprise est en redressement ou en liquidation judiciaire. Le dernier alinéa dispose qu'à défaut de réponse dans le délai imparti, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée. Il ne pourra donc plus, par la suite, se prévaloir d'un refus ou contester cette modification[290]. Une deuxième exception résulte de l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui est venue insérer l'article L.2254-2 du code du travail visant à régir les rapports entre conventions collectives et contrat de travail. Le contrat de travail pourra être modifié dès lors qu'un accord de performance collective est conclu par l'entreprise. La source conventionnelle rejailli alors sur le contrat de travail puisque les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail. Comme pour la modification pour raisons économiques, le salarié « dispose d'un délai d'un mois pour faire connaître son refus par écrit à l'employeur à compter de la date à laquelle ce dernier a informé les salariés ». En cas de refus, l'employeur peut engager une procédure de licenciement pour motif

---

[287] SUPIOT A., *Le droit du travail*, 6e éd., PUF, 2016, p.28.
[288] Cass. soc., 8 octobre 1987, *Raquin et Trappiez*, D.1988.57, note Y. Saint-Jours.
[289] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, 33e édition, Dalloz, coll. Précis, 2019, n°656, p.821.
[290] LOPES P., *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, Paris II, 2017, n°66, p.70 : l'auteur explique ce mécanisme est une incitation à accepter rapidement la modification du contrat de travail. Toutefois, une telle incitation repose sur la menace d'un licenciement (en cas de refus) ce qui crée un grave déséquilibre entre l'employeur et le salarié.

spécifique[291]. Sous peine de ne plus pouvoir contester la modification de son contrat de travail, le salarié est sommé de réagir sans retard à l'interpellation de son employeur. Enfin, l'ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 est venue mettre un terme à une jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation[292] en imposant un devoir de réaction, à l'article L.1235-2 du Code du travail, au salarié destinataire d'une lettre de licenciement. Lorsque l'employeur fait parvenir au salarié sa lettre de licenciement, celle-ci doit en contenir les motifs. Le salarié dispose alors du droit de demander à l'employeur d'en préciser la teneur. À défaut pour le salarié de former une demande de précision des motifs invoqués dans la lettre dans un délai de 15 jours[293] à compter de la notification de l'employeur, l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne pourra plus, à elle seule, fonder un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Autrement dit, le salarié est déchu du droit de se prévaloir d'une insuffisance de motivation de l'employeur au support de sa demande de requalification en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Ces quelques exemples démontrent que le devoir de réaction qui pèse sur le salarié lui impose de réagir à une interpellation contractuelle qui tend soit vers l'efficacité du contrat, soit vers le bon déroulement d'une opération contractuelle. En droit du travail comme ailleurs, le devoir de réaction, lorsqu'il pèse sur une partie faible, revêt les traits de l'exception. Les réformes les plus récentes du droit du travail indiquent toutefois une tendance à accroître la réactivité des salariés au profit des besoins économiques de l'employeur.

51. Le devoir de réaction de l'employeur face à la faute du salarié – Sans surprise, l'employeur est davantage soumis au devoir de réaction que le salarié dans l'exercice de son pouvoir. Le devoir de réaction de l'employeur est, nous le verrons, davantage source de responsabilité que de déchéance[294] et s'exerce principalement en contemplation du dysfonctionnement du contrat de travail. Il n'en reste pas moins que l'absence de réaction de l'employeur peut être source de déchéances. En témoigne l'hypothèse où le droit, pour l'employeur, de sanctionner le salarié peut être paralysé : il

---

[291] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, 6e éd., LGDJ, 2018, n°647, p.498. ; voir également en ce sens : GUILLARD J.-C., « La prise en compte de l'évolution des circonstances économiques en droit du travail : réactivité, adaptation et sécurité », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, préc., p. 25.
[292] V. not. Cass. soc., 20 novembre 1990, n°88-44.308 : Avant l'ordonnance, une insuffisance de précision des motifs équivalait à une absence de motif et donc à un licenciement sans cause réelle et sérieuse.
[293] Art. R.1232-13, C. trav.
[294] V. *Infra*, n°71.

s'agit du cas dans lequel un employeur n'aurait pas réagi à une faute du salarié et ne peut plus, par la suite, en tirer un juste motif de licenciement. L'article L.1332-4 du code du travail enferme le pouvoir de l'employeur et la mise en œuvre de sanctions disciplinaires dans un délai de deux mois à partir du jour où l'employeur en a eu connaissance. Néanmoins, sauf lorsque la faute s'arrime à son obligation de sécurité visant, par exemple, à lutter contre le harcèlement sexuel[295], l'employeur reste maître de l'opportunité de sanctionner ou non le salarié[296]. Le fait de ne pas mettre en œuvre de sanction disciplinaire n'empêche pas l'employeur, par la suite, de choisir de licencier le salarié fautif. Le risque, c'est que l'absence de réaction de l'employeur au moment de la commission de la faute conduise à voir dans son comportement une tolérance, notamment lorsque celle-ci est répétée autant de fois que la faute. Cette tolérance peut alors se transformer en présomption de renonciation de l'employeur non seulement à considérer ce manquement comme fautif mais également à ne plus pouvoir s'en servir pour justifier une cause réelle et sérieuse de licenciement[297]. L'employeur est donc contraint à la fois par la prescription et par son propre comportement qui l'obligent à sanctionner rapidement le salarié sous peine de ne plus pouvoir se prévaloir de sa faute. Ce peut être, par exemple, la consultation régulière de sites pornographiques sur le lieu de travail[298], l'arrivée du salarié à des heures fantaisistes et irrégulières[299] ou encore l'obsolescence des vaccins d'un salarié travaillant en milieu hospitalier[300]. Toutes ces fautes ont en commun d'être des motifs sérieux de licenciement. Pour autant, par trois fois, les juges ont considéré que l'absence de réaction en temps utile de l'employeur valait renonciation de sa part à s'en prévaloir pour le justifier. Les risques d'une tolérance prolongée de l'employeur font ainsi peser un

---

[295] L'article L.1153-5 du Code du travail impose une obligation de sanctionner en matière de harcèlement sexuel.

[296] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail, op. cit.*, n°823, p.990.

[297] Cass. soc., 13 octobre 1982, Bull. Civ., n°544 : la tolérance d'une conduite pendant plus d'un an empêchait d'invoquer la perte de confiance comme motif de licenciement.

[298] STOFFEL-MUNCK PH., « Consultation de sites pornographiques au travail et faute grave : une question de tolérance », note sous Paris, 16 novembre 2001, *Laurent c/ SA Expeditors International France SAS* ; CCE, n°7-8, juillet 2002, comm.104. : « l'arrêt impose à l'employeur non pas une information qui n'a pas lieu d'être tant elle est évidente, mais une obligation de réaction à peine de laisser se constituer une espèce d'usage qui lui devient opposable ».

[299] Cass. soc., 13 juillet 1989, n°86-43.113 : l'employeur qui s'est accommodé des horaires fantaisistes d'un salarié et les a tolérer longtemps sans réagir ne peut se fonder sur ces faits pour prononcer un licenciement sans reproche préalable.

[300] Cass. soc., 13 septembre 2012, n°11-25.641 : un salarié travaillant en milieu hospitalier et qui n'avait pas ses vaccins à jour ne peut ensuite être sanctionné pour cela sur le fondement d'une faute grave dans la mesure où l'employeur avait renouvelé le contrat et proposé un changement de poste en connaissance de cause. Celui contre le covid-19 pourrait soulever des questions de même nature : l'employeur qui reste taisant face à l'absence de vaccination, pourtant obligatoire, d'un de ses salariés, peut-il le licencier, par la suite, pour cette raison-ci ? En raisonnant par analogie, la réponse est négative.

véritable devoir de réaction face à l'illicéité du comportement du salarié. À travers cet exemple, le devoir de réaction est instrument de protection des intérêts du salarié. Il le met à l'abri d'une brusque volte-face de l'employeur et permet de lutter contre les licenciements abusifs. En droit du travail, le devoir de réaction démontre bien son ambivalence et la diversité de ses applications. Il est à la fois un outil d'efficacité pour l'employeur comme son garde-fou.

B. Les manifestations du devoir de réaction en droit des sûretés

52. Les manifestations du devoir de réaction en droit des sûretés et plus particulièrement dans le contrat de cautionnement – Le droit des sûretés est parcouru par les délais et la réactivité qu'ils induisent : délais de réflexions, de rétractation, de déclaration. Il est rythmé tantôt par la diligence et la rapidité, tantôt par la prudence. Retrouver la trace d'un devoir de réaction en droit des sûretés n'est donc pas surprenant. Pour s'en convaincre, nous nous attarderons sur la plus connue d'entre elles : le cautionnement. Le cautionnement est la sûreté personnelle par excellence. Il s'agit du contrat unilatéral par lequel une personne, la caution, s'engage à l'égard d'un créancier à payer la dette d'un débiteur, appelé débiteur principal, au cas où celui-ci serait défaillant[301]. Parce que l'unique perspective de la caution est sa libération, l'extinction du cautionnement revêt une importance fondamentale[302]. C'est dans la diversité des causes d'extinction que le devoir de réaction se manifeste le plus remarquablement. Les causes d'extinction du cautionnement sont classiquement divisées en deux catégories : les causes d'extinction par voie principale et les causes d'extinction par voie accessoire.

53. Les manifestations du devoir de réaction dans l'extinction par voie principale du cautionnement : **les forclusions conventionnelles** – L'extinction par voie principale du cautionnement résulte avant tout des causes d'extinction résultant du droit commun des obligations. Cette affirmation résulte de l'article 2313 (ancien 2311[303]) du Code civil qui dispose que « l'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. » Parmi celles-ci, la prescription de droit

[301] AYNÈS L., CROCQ P. AYNÈS A., *Droit des sûretés*, 14e éd., LGDJ, 2020, n°25, p.40.
[302] *Ibid*., n°146, p.149.
[303] Déplacé par l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

commun, que partagent les cautionnements civils ou commerciaux[304]. Théoriquement enserré dans ce délai, le bénéfice du cautionnement ne semble pas être conditionné à un devoir de réaction dans sa mise en œuvre. En revanche, sur le fondement de la liberté contractuelle, la jurisprudence a admis que les parties pouvaient tout à fait stipuler des clauses imposant des délais beaucoup plus courts au créancier qui souhaiterait faire jouer sa garantie ou sa sûreté : il s'agit des forclusions conventionnelles[305]. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation qui semble analyser ces délais non pas comme des délais d'action en justice mais comme des délais de mise en œuvre contractuelle du droit accordé au bénéficiaire[306]. Dès lors, l'interdiction de réduire conventionnellement la prescription en dessous d'une année ne trouvait pas à s'appliquer[307]. Les problématiques liées à la prescription, la forclusion et les forclusions conventionnelles feront l'objet de longs développements dans la suite de cette étude[308]. Contentons-nous pour l'instant d'avancer que l'extinction par voie principale du cautionnement peut résulter d'une forclusion conventionnelle qui, en créant des délais extrêmement brefs, institue un devoir de réaction venant couper directement l'herbe sous le pied de la prescription.

54. Les manifestations du devoir de réaction dans l'extinction par voie principale du cautionnement : l'obligation d'information du créancier professionnel à l'égard de la caution personne physique – Le cautionnement peut ensuite s'éteindre par voie de déchéances instituées légalement et qui viennent sanctionner le créancier qui aurait manqué à son obligation d'information à l'égard de la caution. Il s'agit de contrer la situation dans laquelle la caution découvre, trop tard, l'ampleur de la dette qu'elle garantit sans avoir pu réagir en temps utile pour limiter ou se dégager de son engagement[309]. Le législateur a fait le choix d'imposer au créancier une obligation d'information annuelle à l'égard de la caution. L'instauration de ces obligations s'est faite par strates successives : celles-ci portent, de manière générale, sur « l'existence et les caractéristiques juridiques de son engagement ainsi que le montant de

---

[304] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°66, p.60.
[305] FRANÇOIS J., « Clause de prescription, forclusion conventionnelle et cautionnement », D.2016, p.682
[306] Cass. com., 15 octobre 2013, n°12-21.704, Bull. civ. IV, n°151; D.2013.2460; RTD civ. 2014.120 obs. H. Barbier.
[307] BARBIER H., « Où le trop court délai de mise en œuvre d'une garantie est rendu inopposable à son bénéficiaire », note sous Paris, 14 janvier 2020, n°18/16858, RTD Civ., 2020, p.619.
[308] V. *Infra* : en tant que fondement du délai de réaction : n°135 et s. ; sur le régime de la contractualisation de tels délais : n°249 et s.
[309] AYNÈS L., CROCQ P. AYNÈS A., *Droit des sûretés, op. cit.*, n°187, p. 181.

la dette garantie[310]». Toutes ces obligations d'informations ont en commun d'être exigibles en cours d'exécution du contrat et de venir sanctionner l'inertie du créancier par une déchéance. Le premier texte de loi à avoir consacré une obligation d'information est l'article L.313-22 du code monétaire et financier. Celui-ci impose aux établissements de crédit ou aux sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise dont la caution est une personne physique d'informer cette dernière, une fois l'an, de l'état de la dette[311] et de la possibilité pour la caution, si le contrat est à durée indéterminée, de le résilier. Le manquement à cette obligation d'information est sanctionné par la « déchéance des intérêt échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information[312] ». Là aussi, il ne suffit pas au créancier de réagir mais de réagir correctement. Si aucune condition de forme ne semble exigée, la jurisprudence a pu juger qu'une simple mise en demeure[313] ne saurait suffire à remplir l'obligation d'information, pas plus qu'une notice peu soigneusement rédigée[314]. Ensuite, la loi du 29 juillet 1998 a imposé le même type de règle au droit commun du cautionnement. Celle-ci s'impose à tous les créanciers dès lors qu'ils ont contracté avec une personne physique et qu'il s'agit d'un cautionnement indéfini. Ils doivent ainsi informer la caution de l'état de la dette sous peine de déchéance de tous les accessoires, frais et pénalités. C'est enfin en droit de la consommation que s'est poursuivi l'essor des obligations d'informations avec les articles L.331-1 et 2 du code de la consommation qui s'appliquent au bénéfice des cautions personnes physiques et à l'égard des créanciers professionnels. L'article L.331-2 oblige le créancier à informer la caution de l'état de la dette tandis que l'article L.331-1 porte sur la défaillance du débiteur principal. La sanction réside également dans la déchéance du droit au paiement des pénalités ou intérêts de retard depuis la précédente information jusqu'à la date de la nouvelle. Ces derniers textes ont fait l'objet d'une abrogation par l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, laquelle est venue consacrer à l'égard des créanciers professionnels, une obligation annuelle d'information portant sur le montant des encours à l'article 2302 du Code civil. Hormis quelques modifications, la sanction de « la déchéance des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information

---

[310] *Ibid.*
[311] C'est-à-dire le montant principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente.
[312] Art. L.313-22 CMF, al. 3.
[313] Cass. com., 25 novembre 2008, n°07-17.776
[314] Cass. 2e civ., 3 juin 2004, Dr. et Patr., nov. 2004, n°131.

jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information » reste la même[315]. Le législateur est également venu consacrer, à l'article 2303 du Code civil, une obligation d'information du créancier professionnel garanti par une personne physique portant sur le premier incident de paiement non régularisé sanctionné par la déchéance dans les mêmes conditions que l'article précédent. Enfin, l'article 2304 du Code civil étend l'obligation d'information au sous-cautionnement. La portée de ces obligations d'informations pourrait aller encore plus loin. Une auteur propose par exemple d'étendre le cadre de l'obligation d'information en imposant, sur le fondement du devoir de loyauté et de vigilance de créancier, un devoir général d'information qui imposerait au créancier de réagir à tout fait susceptible d'avoir une incidence majeure sur son obligation en informant sans délai le créancier[316]. Le devoir de réaction du créancier dans le cadre de son obligation d'information présente plusieurs particularités : d'abord, la déchéance n'est pas totale mais partielle (ou forfaitaire[317]). Ensuite, le créancier est sommé de réagir à un évènement qui peut caractériser un dysfonctionnement avéré (défaillance du débiteur) mais aussi potentiel (état de la dette) qui peut à la fois tendre vers le dysfonctionnement (lorsque l'état de la dette inquiète la caution) et le bon fonctionnement du contrat (lorsque l'état de la dette n'a rien d'inquiétant).

55. Les manifestations du devoir de réaction dans l'extinction du cautionnement par voie accessoire : le cas de la non-déclaration de créance – L'extinction du cautionnement par voie accessoire désigne la situation dans laquelle l'extinction de l'obligation principale va corrélativement entrainer l'extinction du cautionnement. C'est ce qui résulte de l'article 2312 du Code civil qui dispose que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. » Parmi elles, la non-déclaration de la créance. En droit des entreprises en difficultés, le créancier dispose d'un délai de deux mois pour déclarer sa créance. Pendant longtemps, la non-déclaration de la créance conduisait à l'extinction de la créance, et par voie accessoire, à celle du cautionnement. Depuis la loi du 26 juillet 2005, l'article L.622-26 du code de commerce ne sanctionne plus par l'extinction la non-déclaration de créance ; son titulaire est simplement privé de participer

---

[315] SIMLER PH., « Réforme du cautionnement », *in* SIMLER PH., DELEBECQUE PH. (dir.), « Réforme du droit des sûretés », JCP G, suppl. n°43-44, 25 oct. 2021, p. 21.
[316] PICOD Y., *Droit des sûretés*, 3éd., PUF, 2016, n°124, p.215.
[317] PICOD Y., « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *in Mélanges Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p.395.

aux répartitions et aux dividendes. C'est la raison pour laquelle la non-déclaration n'est pas, en droit des entreprises en difficultés, considérée comme une cause d'extinction de la créance par voie accessoire. Pour tempérer les incertitudes du texte précédent, l'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue ajouter un nouvel alinéa qui dispose que « les créances non déclarées sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan » et « après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. » Cette inopposabilité, précise l'article, s'applique également aux personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle. Le créancier est donc débiteur d'un véritable devoir de réaction puisque cette disposition « va venir paralyser le droit de poursuite du créancier de manière définitive en cas de succès du plan[318]. » Une telle règle démontre que le devoir de réaction n'est pas seulement sanctionné par des déchéances mais également par des sanctions qui conduisent à l'impossibilité pour le contractant de se prévaloir d'un droit dans une situation bien définie, comme l'inopposabilité. Par ailleurs, lorsque la créance est déclarée mais rejetée par le juge-commissaire, la jurisprudence la plus récente semble considérer qu'elle est éteinte et que la caution est libérée[319]. C'est-à-dire qu'il existe une différence de sanction selon que la créance n'a pas été déclarée, qui conduit à l'inopposabilité, et la sanction qui a été mal déclarée, qui conduit à son extinction. Corinne Saint-Alary-Houin remarque que « le créancier qui ne déclare pas est mieux traité que celui qui déclare mal[320]». L'on aurait pu croire que la manière de réagir était plus importante que la réaction en tant que telle. Toutefois, le législateur est venu mettre fin l'assimilation des créances déclarées irrégulièrement à des créances non déclarées. L'ordonnance n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés a ajouté, au deuxième alinéa à l'article L.622-26 du code de commerce, une règle assimilant plus justement « les créances irrégulièrement déclarées aux créances non déclarées, qui ne sont pas définitivement éteintes[321]». Enfin, il existe deux cas dans lesquelles la non-déclaration de créance peut aboutir à son extinction par voie accessoire[322]. En droit du surendettement d'abord, où l'article L.742-11 du code de la consommation impose au créancier de déclarer ses créances dans un délai de deux mois sous peine d'être éteintes. En droit des successions ensuite, où l'article 792 du Code civil

---

[318] SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 11e édition, LGDJ, 2018, n°800, p.533.
[319] Cass. com., 22 janvier 2020, n°18-19.526, BJE 2020, n°117.37 obs. M. Houssin.
[320] SAINT-HALARY-HOUIN C., « Créance non déclarée ou mal déclarée ? Inopposabilité, nullité ou extinction ? Telle est la question ! », BJE, n°01, 2021, p.7
[321] SIMLER PH., « Réforme du cautionnement », *in* SIMLER PH., DELEBECQUE PH. (dir.), « Réforme du droit des sûretés », art. préc., p.17
[322] PICOD Y., *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°113, p.191

instaure un délai de 15 mois dans lequel les créanciers de la succession doivent déclarer leurs créances sous peine d'extinction de celles-ci. Dans les deux cas, l'extinction profite aussi à la caution. Le créancier est donc soumis à un devoir de réaction au risque de ne plus pouvoir se prévaloir de sa créance ni à l'égard de son débiteur ni à l'égard de sa caution.

56. Les manifestations du devoir de réaction dans l'extinction du cautionnement par l'exception de subrogation – L'exception de subrogation est un mode d'extinction spécifique au contrat de cautionnement. C'est l'article 2314 du Code civil[323] qui la prévoit. Il dispose que « la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait du créancier, opérer en faveur de la caution ». La règle s'applique lorsqu'un créancier dispose de plusieurs sûretés à l'égard du débiteur, en plus du cautionnement. Dans cette hypothèse, la caution s'est d'autant plus volontiers engagée que le créancier lui a assuré avoir pris plusieurs autres sûretés dans lesquelles la caution avait vocation à être subrogée[324]. Une fois que la caution a payé, elle devrait alors pouvoir se prévaloir d'un recours subrogatoire dans les autres sûretés conclues par le créancier. S'il s'avère que, pour une raison ou pour une autre, ce recours subrogatoire n'est pas possible, elle oppose alors l'exception de subrogation au créancier afin de ne pas avoir à payer pour le débiteur[325]. Pour que la caution puisse opposer au créancier l'exception de subrogation, il peut démontrer que le créancier a commis une faute. Cette dernière doit avoir compromis un droit exclusif ou préférentiel et avoir causé un préjudice matériel[326]. C'est dans la faute du créancier qu'intervient le devoir de réaction puisque celle-ci peut résulter d'une action mais, le plus souvent, c'est d'une absence de réaction qu'elle puisera son origine. Ainsi du créancier qui omettrait de déclarer une créance lors d'une procédure collective[327], qui aurait mis en œuvre tardivement un nantissement sur un fonds de commerce[328] ou qui n'aurait pas renouvelé l'inscription d'une hypothèque[329]. Le créancier est donc tenu d'adopter un

---

[323] L'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 n'a pas modifié la numérotation de l'article concernant les causes d'extinction du cautionnement si bien que l'exception de subrogation en raison de la faute du créancier se trouve à l'alinéa 1er de l'article 2314 du Code civil.
[324] AYNÈS L., CROCQ P. AYNÈS A., *Droit des sûretés, op. cit.*, n°174, p.169.
[325] *Ibid.*
[326] PICOD Y., *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°121, p.203
[327] Cass. com., 19 février 2013, n°11-28423, Dr. et Patr., juill. 2013, obs. A. Aynès. : obtenant ainsi par ce biais une extinction de la caution que la loi du 26 juillet 2005, en déclarant inopposable la créance à la suite de sa non-déclaration, lui avait retiré ; voir également en ce sens : PICOD Y., *loc. cit.*, n°122, p.205.
[328] Cass. com., 28 janvier 2004, I, 188, n°10, obs. Ph. Simler.
[329] Cass. com., 3 février 1998, D.1998.583, note J.-P. Chazal.

comportement actif, un devoir de prendre soin de ses sûretés et garanties en contemplation de l'éventuel recours subrogatoire de la caution. La faute commise par le créancier va le conduire à être déchu de son cautionnement. L'originalité de l'exception de subrogation, notamment de sa sanction, a poussé les auteurs à s'interroger sur les fondements d'une telle solution[330]. Parmi les fondements proposés, Christian Mouly a avancé l'idée qu'il s'agissait d'une déchéance légale dont le but serait de punir le créancier contrevenant à son obligation de bonne foi en le privant de ses droits pour l'empêcher, de manière préventive, de nuire à la caution[331]. L'idée selon laquelle la sanction de la déchéance, lorsqu'elle est adossée au devoir de bonne foi, est amenée à jouer un rôle préventif est un élément fondamental du régime du devoir de réaction qui sera développé ultérieurement[332]. Le créancier est donc tenu, ici, à un devoir de réaction pour la bonne jouissance de son droit de créance. Il doit ici réagir face à un dysfonctionnement du contrat. Son absence de réaction sera constitutive d'une faute qui pourra conduire à la déchéance de son droit. Cette hypothèse de devoir de réaction à l'originalité de présenter une situation dans laquelle le créancier doit agir dans l'intérêt d'autrui (la caution) et non dans son propre intérêt (comme c'est le cas des déchéances étudiées précédemment). Il commet donc une faute à l'égard du cocontractant mais va être sanctionné par la déchéance de la substance de sa créance, parce qu'un texte spécial le prévoit.

Paragraphe second - La pénétration du devoir de réaction en droit commun des obligations

57. La place de la réactivité dans la réforme du droit des contrats – Le droit des contrats a été réformé par l'ordonnance du 10 février 2016 elle-même ratifiée par la loi du 20 avril 2018. La réforme, sans bouleverser fondamentalement le droit des contrats, a consacré toute une série d'innovations qui constituent moins des révolutions que des améliorations[333]. Il n'en reste pas moins que ces innovations transportent avec elle une idéologie recouverte d'un certain nombre de valeurs : il est

---

[330] PICOD Y., *loc. cit.*, n°120, p.200: le Professeur Picod résume ainsi les différentes explications théoriques de l'exception de subrogation : responsabilité contractuelle, exigence de loyauté, bonne foi contractuelle, estoppel, déchéance légale,
[331] MOULY CH., *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979, p.540.
[332] V. *Infra*, n°143 et s.
[333] BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 17e édition, 2019, n°9, p.22.

banal d'affirmer que celles-ci sont, notamment, d'ordre économique[334]. La dimension affairiste du droit commun des contrats se constate à chaque page du nouveau Titre III du livre III du Code civil. L'efficacité économique du droit des contrats nécessite une autonomie des parties, une souplesse dans leurs agissements que la réactivité sert comme un engrenage. À cet égard, le terme de « raisonnable » est employé dix-sept fois dans les textes issus de la réforme[335] parmi lesquels treize concernent directement un délai[336]. Ces mécanismes, que l'on a précédemment rencontré dans de nombreux contrats spéciaux d'affaires, et qui portent en eux le devoir de réaction, ont finalement échoué en droit commun des contrats comme pour illustrer « l'effet d'écrin[337]» des codifications que décrivait jadis le Doyen Carbonnier. Le devoir de réaction se manifeste, au-delà du seul devoir de bonne foi, dans l'exécution du contrat. En droit commun des obligations, le devoir de réaction a, en partie, précédé la réforme. Il s'appuie sur des notions et mécanismes connus de longue date (**I**). En revanche, c'est autour de la sécurité juridique et des sanctions de l'inexécution que la réforme a remarquablement accru l'exigence de réactivité des contractants (**II**).

I. Les manifestations traditionnelles du devoir de réaction en droit commun des obligations

58. Le devoir de réaction en droit commun des obligations : la possibilité de neutraliser un droit sur le fondement du devoir de bonne foi – Le devoir de bonne foi est le principal fondement du devoir de réaction et fera l'objet de longs développements dans la suite de l'étude[338]. À ce stade du travail de recherche, nous nous contenterons d'avancer l'idée, illustrée par quelques manifestations, selon laquelle le devoir de bonne foi peut être à l'origine d'une impossibilité, pour le contractant, de se prévaloir de son droit[339]. La réforme du droit des contrats l'a érigé au fronton du titre III

---

[334] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préambule.
[335] ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in. *Le nouveau discours contractuel,* RDC n°03, p.600.
[336] AYNÈS L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? » *in La réforme du droit des contrats, quelles innovations ?* RDC, hors-série, p.14 : les textes parlent d'un délai raisonnable (art. 1116, 1117, 1123, 1211, 1226, 1307-1) ; d'une période raisonnable (art. 1218) et d'un délai et d'un cout raisonnable (art. 1222)
[337] CARBONNIER J., *Droit et passions du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1995, p.8.
[338] V. *Infra*, n°139 et s.
[339] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016, n°490, p.385 : selon l'auteure, la déchéance serait même la sanction primaire de la bonne foi ; BARBIER H., « Le point sur les sanctions du

du livre III du Code civil à l'article 1104 et l'a étendu, non seulement à l'exécution du contrat mais aussi à sa formation et sa négociation. L'hypothèse est, somme toute, assez classique. L'absence de réaction d'un contractant peut être synonyme de mauvaise foi dès lors que son inertie se traduira par une certaine déloyauté ou incohérence à l'égard du cocontractant. Le manquement du contractant à son devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat est sanctionné par l'engagement de sa responsabilité contractuelle[340]. Ce n'est qu'exceptionnellement que les juges vont pouvoir sanctionner le contractant par l'impossibilité de se prévaloir de son droit[341]. C'est ce qu'a exprimé la Cour de cassation dans son arrêt *Les Maréchaux* du 10 juillet 2007 : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties[342]». Cette dernière opère une distinction entre la substance du contrat et les prérogatives contractuelles. La notion de prérogative se rattache aux pouvoirs unilatéraux du contractant[343] que la réforme a, nous le verrons, décuplé[344]. Seule cette dernière peut faire l'objet d'une paralysie contractuelle : il s'agira notamment des sanctions de l'inexécution comme la mise en œuvre d'une clause résolutoire, de la résolution unilatérale ou de l'exception d'inexécution. L'on retrouve cette hypothèse dans de nombreuses affaires où se mêle le devoir de cohérence : une situation semble tolérée, une modification acceptée ou une prérogative abandonnée. L'inaction prolongée du contractant face à telle ou telle situation peut pervertir les attentes légitimes de son cocontractant. Son réveil soudain va donner à son comportement des allures de volte-face, de dualité ou d'incohérence[345], donnant ainsi au juge l'occasion de sanctionner l'usage déloyal de la clause par

---

devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », note sous Civ. 1ère, 20 janvier 2021, n°18-24.297, Civ. 1ère, 1er juillet 2020, n°18-26.352, RTD Civ. 2021, p.394

[340] C'est la raison pour laquelle la plupart des manifestations du devoir de réaction issues du devoir de bonne foi seront étudiées dans la partie qui concerne « la contrainte comportementale conduisant à l'engagement de la responsabilité du contractant ».

[341] FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°281, p.244.

[342] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff.

[343] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, 5e éd., Bruylant, 2020, n°642-5, p.507.

[344] HOUTCIEFF D., « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *in Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, RDC 2018, n°03, p.505 ; AYNÈS L., « Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant – Synthèse », *in Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, RDC 2018, n°03, p.528.

[345] L'absence de réactivité n'est qu'une illustration possible du manquement au devoir de cohérence du contractant, v. en ce sens les nombreux autres exemples proposés par l'auteur parmi lesquels l'absence de réactivité figure : HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* tome II, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2001, n°877 et s., p. 685 à propos de Cass. Civ. 1ère, 8 avril 1987, Bull. III, n°88, JCP. 1988.II.21037, note Y. Picod, RTD Civ., 1988.145; et v. *Infra* n°142.

l'impossibilité de s'en prévaloir. Ainsi des très célèbres exemples dans lesquels des contractants auraient trop tardé à mettre en œuvre une clause résolutoire[346]. Notons enfin que le contractant, en raison de sa mauvaise foi, peut être déchu de son droit à se prévaloir de certaines prérogatives légales : les délais de grâce de l'article 1343-5 du Code civil sont réservés aux débiteurs de bonne foi[347], la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement[348] ou encore, plus récemment, seul le débiteur de bonne foi peut échapper à l'exécution forcée en nature du contrat en se prévalant d'une disproportion du coût qu'il devrait supporter et l'intérêt du créancier[349]. Il est tout à fait possible d'imaginer que la passivité d'un contractant puisse conduire à caractériser la mauvaise foi d'un contractant et de l'empêcher de se prévaloir de ces prérogatives légales.

II. Les manifestations nouvelles du devoir de réaction en droit commun des obligations

59. L'essor du devoir de réaction pendant l'exécution du contrat : la possibilité de neutraliser un droit sur le fondement d'une action interrogatoire – Illustrant à merveille le passage du droit des contrats d'une volonté de sécurité juridique statique à une volonté de sécurité dynamique[350], l'une des innovations les plus remarquées de la réforme du droit des contrats est la création des actions interrogatoires[351]. Au-delà de leur utilité avérée ou discutable, les actions interrogatoires portent en elles-mêmes le témoignage symbolique d'une évolution du droit des contrats. D'une part, elles incarnent le phénomène d'accélération du rythme juridique en traçant « le trait d'une époque qui ne supporte pas les hésitations, les doutes, les lenteurs et les incertitudes[352]». D'autre part, il s'agit d'un témoignage remarquable du passage d'un mécanisme issu de la procédure civile, qui rappelle les sommations interpellatoire[353] et imite les actions provocatoires[354], au droit des obligations. Cette procéduralisation du

---

[346] Cass. civ. 3e, 8 avril 1987, n°95-17.596, Bull. civ., III, n°88.
[347] Art. 1343-5 C. Civ.
[348] Art. 1304-4 C. Civ.
[349] Art. 1221 C. Civ.
[350] LAGARDE X., « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D.2017, p.715
[351] PICOD Y., « Interpellation interrogatoire », *in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2019, n°92
[352] JEULAND E., « Les actions interrogatoires en question », JCP 2016, n°737.
[353] LAHER R., « Sommation », *in Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2020, n°46.
[354] BRANDAC M., *Droit et pratique de la procédure civil*e, Dalloz Action, n°211.92 : Si les actions provocatoires sont, par principe, exclues, plusieurs exceptions ont préexisté à la réforme du droit des contrats. Par exemple, l'article L.235-6 du Code de commerce permet « en cas de nullité d'une société ou

droit des contrats conduit inévitablement à la procéduralisation des comportements et finalement à l'émergence de nouveaux devoirs de réaction. Les actions interrogatoires peuvent être définies, très largement, comme une prérogative unilatérale, une demande extra-judiciaire « visant à mettre en demeure une personne de déclarer si elle entend user d'un droit sous peine de déchéance[355] ». Le Code civil en a consacré trois. La première, dont on peut trouver trace à l'article 1123 du Code civil, est relative aux pactes de préférence. Elle permet au tiers de demander par écrit au bénéficiaire de confirmer l'existence du pacte et son intention de s'en prévaloir. Le tiers doit prévoir un délai raisonnable qui, à défaut d'être respecté, entrainera la déchéance pour le bénéficiaire de solliciter une action en substitution ou en nullité du contrat conclu au mépris du pacte. En matière de représentation, l'article 1158 offre au contractant la possibilité de demander par écrit au représenté de confirmer que le représentant est habilité à conclure cet acte. Le contractant fixe un délai raisonnable à l'échéance duquel le représentant est habilité à conclure le contrat et le représentant déchu de son droit de se prévaloir d'un défaut de pouvoir. Enfin, l'article 1183 du Code civil propose à une partie de pouvoir demander par écrit à son cocontractant, victime d'une cause de nullité relative ayant cessé, soit de confirmer soit d'agir dans un délai de six mois à peine de forclusion. À défaut de réponse, le contrat est confirmé. Dans les trois cas, la question doit être posée par écrit et l'action oblige le contractant à réagir dans le délai imparti sous peine de déchéances qui peuvent prendre, dans le troisième cas, la forme d'une forclusion. L'utilisation du standard du délai raisonnable a pour effet de pousser le contractant à réagir le plus vite possible. Plusieurs objectifs sont poursuivis par les actions interrogatoires : elles ont pour but de garantir la pérennité et l'efficacité du contrat d'une part[356], et de restreindre l'accès au juge d'autre part[357]. Lorsqu'une action interrogatoire assortie d'un délai est intentée à l'égard d'un contractant, ce dernier devient débiteur d'un véritable devoir de réaction. Le destinataire de l'action interrogatoire n'est pas sommé ici de réagir à un

---

bien d'actes ou délibérations postérieures à la constitution de celle-ci fondée sur le vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, de mettre en demeure le titulaire de l'action d'exercer celle-ci ou de régulariser dans un délai de six mois sous peine de forclusion. » Autre exemple, « l'article L.615-9 du CPI permet à toute personne justifiant d'une exploitation industrielle d'inviter le titulaire d'un brevet à prendre parti sur l'opposabilité de son titre à l'égard de cette exploitation. Si le titulaire du brevet n'a pas pris parti dans un délai de trois mois, il peut être assigné aux fins de faire juger que le brevet ne fait pas obstacle à l'exploitation en cause. » ; CROZE H., « Une vision procédurale de la réforme des obligations », Procédures, n°4, 2016, étude n°3, p.7 et s.

[355] DE FONTMICHEL M., « Les nouvelles actions interrogatoires », D.2016, p.1665 ; DUPICHOT PH., « User des prérogatives contractuelles », JCP E 2016, p.1375.

[356] MEKKI M., « Les juges et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC, 2016, n°2, p.400.

[357] DE FONTMICHEL M., « Les nouvelles actions interrogatoires », art. préc.

dysfonctionnement du contrat, mais à une interpellation contractuelle[358] destinée à s'assurer de l'efficacité du contrat, et finalement de la bonne jouissance de son droit subjectif. Chose intéressante, l'interpellation peut émaner non seulement du cocontractant mais également d'un tiers. L'imposition d'un devoir de réaction au contractant n'est, par conséquent, pas seulement l'apanage du cocontractant.

60. L'essor du devoir de réaction en droit commun et les sanctions l'inexécution du contrat – Tous les auteurs l'avancent, le recul du juge en matière de sanctions de l'inexécution est l'un des traits les plus remarquables de la réforme du droit des contrats[359]. Chacun aura remarqué ses fondements économiques[360], les influences du droit des affaires[361] ou de la procédure civile[362]. Les trois sont intimement liés : en droit des sanctions de l'inexécution, l'efficacité économique inspirée des mécanismes du droit des affaires se traduit par une prime à l'unilatéralisme qui elle-même se fond dans des règles procédurales desquelles émerge le devoir de réaction. La procéduralisation du comportement du contractant est en réalité au service de l'efficacité économique. En reculant[363], les juges laissent une plage temporelle sur laquelle les contractants pourront agir avec davantage de liberté et d'efficacité ce qui a pour conséquence directe d'accroître le rôle des contractants en imposant tout type de comportement qui permettra de combler le vide et d'atteindre l'efficacité recherchée. C'est la raison pour laquelle la réforme du droit des contrats a très largement accordé aux contractants la possibilité de mettre en œuvre des sanctions unilatérales à charge, pour eux, de respecter une sorte de code de la route qui leur impose la marche à suivre et qui consiste, parfois, à mettre en œuvre la

---

[358] CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2019-2020, n°311.41, p.299 : L'auteur préfère le terme d'interpellation à celui d'action. Il explique : « La formule [action] est toutefois trompeuse : ces « interpellations » - et non « actions » - interrogatoires, qui ont vocation à être utilisées en dehors de tout procès, ne sont nullement des règles procédurales au sens du droit transitoire. »

[359] BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD Civ., 2016, p.247 ; MEKKI M., « Les juges et les remèdes à l'inexécution du contrat », art. préc.

[360] ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *in Le nouveau discours contractuel,* art. préc.

[361] BARBIER H., « Propos introductifs », *in*. *Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, hors-série n°3, 12 juin 2017 ; MALLET-BRICOUT B., « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD Com., 2016, p.1 ; FAGES B. et MESTRE J., « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations », RTD Com. 1998, p.71.

[362] CAYROL N., « Le droit civil aujourd'hui », RTD civ. 2020, p.502 ; CROZE H., « Une vision procédurale de la réforme des obligations », art. préc.

[363] HOUTCIEFF D., « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.9 : « La consécration d'une révision pour imprévision mise à part, cette recherche d'efficacité s'est largement traduite par un recul du juge. »

sanction rapidement. C'est ce que le Professeur Balat appelle des « processus à étape[364]». Ce sont des règles qui disent à la fois ce qu'il faut faire et comment le faire. Une idée qui fait écho à la façon de régir les comportements prônés par les penseurs libéraux étudiés précédemment[365]. Ce mécanisme est inspiré du droit du commerce international dans lequel on retrouve des dispositions similaires à propos de l'exception d'inexécution anticipée[366], de la résolution[367] et même de la force majeure[368]. Il se manifeste à plusieurs reprises dans les textes issus de la réforme. Parmi la liste de sanctions qu'offre l'article 1217 du Code civil, trois imposent un devoir de réaction au créancier en l'obligeant à réagir rapidement face l'inexécution contractuelle de son débiteur. L'article 1220 permet au créancier de suspendre, de manière anticipée, l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que cette inexécution est suffisamment grave. Le même texte impose au créancier de notifier la suspension au débiteur dans « les meilleurs délais ». L'article 1222 du même code autorise le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation dès lors que sa mise en demeure précède une exécution « dans un délai et à un coût raisonnable ». Enfin, l'alinéa premier de l'article 1223 du Code civil permet au créancier d'obtenir une réduction du prix lorsque ce dernier n'a pas encore été versé, à condition de l'avoir « notifié dans les meilleurs délais au débiteur ». Le recul du juge va se traduire par son intervention *a posteriori*. C'est à ce moment-là qu'il va devoir chercher à concilier le verbe *pouvoir*, issu de l'unilatéralisme, du verbe *devoir*, qui ressort de la procédure de mise en œuvre. Le standard du délai « raisonnable » va accroître les occasions, pour le juge, d'apprécier la réactivité du contractant. Se pose alors la question des conséquences du manquement à l'exigence d'un délai raisonnable. À l'instar du droit international[369], si la mise en demeure ou la

---

[364] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.895 et BALAT N., « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi, op. cit., p.39.*

[365] V. *Supra*, n°8 ; *adde* SÉRIAUX A., *Le droit : une introduction*, *op. cit.*, n°63, p.48.

[366] Art. 71-3, CVIM, sur l'exception d'inexécution anticipée : « la partie qui diffère l'exécution, avant ou après l'expédition des marchandises, doit adresser immédiatement une notification à cet effet à l'autre partie, et elle doit procédure à l'exécution si l'autre partie donne des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations ».

[367]V. *Supra*, sur le défaut de conformité dans la vente internationale de marchandise, n°29.

[368] KENFACK H., « Leçons de la pandémie de Covid-19 : la systématisation des clauses de force majeure et d'assurance perte d'exploitation », D.2020, p.2185 : « Le contrat modèle CCI prévoit l'obligation, pour la partie empêchée, de notifier à l'autre partie dans les meilleurs délais. Sans cette notification, elle perd le droit d'invoquer la force majeure. Le contrat peut même prévoir le délai dans lequel cette information doit être donnée. D'autre part, la clause doit indiquer si des preuves doivent être communiquées en même temps que cet avis et quels types de preuves sont admis ».

[369] NATIONS UNIES, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2016, Nations Unies, p. 371 : « Le paragraphe

notification n'ont pas été mises en œuvre dans un délai raisonnable, c'est vraisemblablement la déchéance du droit de mettre en œuvre la sanction ou la privation d'effet de la sanction que le créancier a déjà actionnée qui vont venir sanctionner l'absence de réaction du contractant[370]. Seulement, toutes les sanctions n'imposent pas une mise en œuvre selon un délai raisonnable. Seuls l'exception d'inexécution anticipée, la substitution de débiteur et la réduction du prix l'imposent. Pour quelles raisons ? Cela pourrait s'expliquer en raison de l'inutilité de principe du recours au juge pour les sanctions précitées[371]. Encore, avançons que ces sanctions présentent un caractère exceptionnel et ne sont que des excroissances d'autres sanctions, que la déchéance de l'une n'entraînera pas la déchéance de l'autre (celui qui ne met pas en œuvre l'exception d'inexécution anticipée pourra toujours se servir de l'exception d'inexécution avérée[372]). Enfin, les trois sanctions portent en elle une vitesse intrinsèque car leurs champs d'application ne s'ouvrent que pendant un laps de temps assez bref dans lequel elles vont puiser leur utilité et commander une réaction rapide. Passé ce laps de temps, on voit mal l'utilité que ces sanctions pourraient avoir par rapport à leurs formes classiques : la promptitude n'est utile pour la réduction que si le prix n'a pas été encore payé, pour la substitution que si l'obligation n'a pas encore été exécutée et pour l'exception d'inexécution que pendant le temps où l'obligation aurait dû être exécutée. Pour conclure, il est possible d'affirmer que là où le mécanisme est unilatéral la réactivité est grande tandis que partout où le juge doit intervenir le devoir de réaction s'estompe (résolution judiciaire, exécution forcée en nature). Pour autant, d'autres sanctions de l'inexécution pourraient être, à l'avenir, source d'un devoir de réaction : tel est le cas lorsqu'elles sont l'instrument qui permet au créancier de minimiser son dommage.

III. Les manifestations futures du devoir de réaction en droit commun des obligations

---

3 ne prévoit pas explicitement les conséquences du défaut de notification immédiate de la suspension. Les juridictions sont unanimes à conclure qu'en l'absence de notification dans les règles, la partie lésée ne peut pas se prévaloir de son droit à différer l'exécution de ses obligations ».

[370] DESHAYES O., « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016, » RDC 2019, p.29.

[371] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n°996, p.765, n°1013, p.776 et n°1017, p.778

[372] BARBIER H., « L'exception d'inexécution et la reprise d'exécution à l'épreuve de la crise », *in* RINGLÉ M., (dir.) *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p.119.

61. L'obligation de minimiser son propre dommage crée un devoir de réaction à l'égard de la victime – *De lege ferenda,* parmi les potentielles manifestations futures du devoir de réaction en droit commun des obligations, l'obligation de minimiser son propre dommage occupe une place particulière. Véritable adjuvant de réactivité dans les relations contractuelles, cette dernière fera l'objet de longs développements dans le titre suivant puisqu'elle a vocation à imposer un devoir de réaction particulièrement intense dans l'intérêt du cocontractant[373]. Dans les lignes qui vont suivre, la minimisation du dommage fera l'objet de quelques développements liminaires ayant trait à souligner son imminente et très probable consécration avant d'en donner quelques manifestations issues de la jurisprudence et la pratique arbitrale internationale.

62. Définition et place de la minimisation du dommage en droit positif français - Admis pour la première fois en droit de la *Common Law*[374] puis dans de nombreux systèmes juridiques, érigé au rang de principe général du droit du commerce international[375], le devoir de minimiser son dommage impose au créancier victime « à faire tous ses efforts pour limiter le préjudice qu'il subit[376]». Autrement dit, il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter l'aggravation de son dommage ou en réduire l'étendue sous peine de voir le montant de son indemnisation réduit voire anéanti. En droit positif français, ses discrètes manifestations se font, le plus souvent, sur le fondement du partage de responsabilité, de l'acceptation des risques ou de la faute de la victime[377]. Par ailleurs, certaines branches du droit, comme le droit des assurances maritimes, reconnaissent explicitement une obligation de minimiser le dommage[378]. Enfin, il est tout à fait possible pour les parties de stipuler une clause de minimisation du dommage contractuel limitant le montant de la réparation dès lors que le débiteur n'a pris

---

[373] V. *Infra*, n°172 et s.
[374] ELLAND-GOLDSMITH M., « La *mitigation of damages* en droit anglais et américain », RDAI n°4-1987, p.347.
[375] En plus de ses nombreuses manifestations jurisprudentielles, il est possible de trouver trace de l'obligation de minimiser son propre dommage dans de nombreux textes internationaux : l'article 77 de la CVIM, l'article 7.4.8 des Principes Unidroit ou encore à l'article 9.505 des principes européens du droit des contrats.
[376] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.*, n°655, p.522.
[377] LAUDE A., « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », LPA, 20 novembre 2002, p.55.
[378] L.172-23, C. ass.

aucune mesure raisonnable pour limiter son préjudice[379]. Malgré tout, la jurisprudence refuse toujours d'admettre son existence[380]. En revanche, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile laisse à penser que sa consécration est imminente, comme en témoigne l'article 1263[381], confirmé par une proposition de loi du Sénat déposée en 2020[382]. Si le droit français venait à imposer une telle règle, celle-ci aurait nécessairement pour conséquence de faire peser un devoir de réaction sur le créancier[383]. Pour s'en convaincre, il suffit d'apprécier les divers comportements qu'il sanctionne et dont les manifestations principales se trouvent dans la jurisprudence et le contentieux arbitral internationaux[384]. Principalement, c'est l'inaction de la victime qui est sanctionnée[385] car c'est précisément la passivité de la victime qui va être à l'origine de l'aggravation de son préjudice. Il s'agit de sanctionner « l'inaction, l'absence de réaction et la passivité du sujet lésé face à la situation dommageable[386]» à la lumière d'une pratique contentieuse interprétée comme « impliquant l'existence d'un devoir de réagir[387]». Le devoir de minimiser son propre dommage s'insère parfaitement dans la définition du devoir de réaction : il s'agit pour la victime de réagir immédiatement au dysfonctionnement contractuel cristallisé ici dans le fait dommageable. Sans une prompte réaction, il risque de perdre son droit à la réparation intégrale du préjudice. Mieux encore, le devoir de minimiser son propre dommage oblige non seulement le créancier à réagir mais également à réagir raisonnablement, c'est-à-dire correctement. En effet, lorsqu'une

---

[379] MESTRE J., RODA J.-C. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaire*, Lextenso, 2011, v° « Clause de minimisation du dommage ».

[380] Cass., 3e civ., 10 juillet 2013, n°12-13.851 et 01-13.289, Bull., II, n°203 ; voir également en ce sens : BARBIER H., « Un parfum de devoir du créancier de modérer son dommage », RTD civ. 2018, p.900, note sous Civ. 3e, 21 juin 2018, n°17-15.897, D.2018.1385, Cass. civ. 3e, 12 avril 2018, n°17-26.906, RDI 2018.398, obs. P. Malinvaud.

[381] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, mars 2017, p.8, art. 1263 : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

[382] SÉNAT, *Proposition de loi, Session extraordinaire de 2019-2020*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art. 1264 : « Les dommages et intérêts peuvent être réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

[383] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant », art. préc.

[384] DERAINS Y., « L'obligation de minimiser son dommage dans la jurisprudence arbitrale internationale », RDAI n°4-1987, p.375 et s.

[385] WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », LPA, n°232, 2002, p.50 : l'auteur cite de nombreux exemples dans lesquels il a été reproché à des contractants de ne pas avoir réagi face à la situation dommageable.

[386] DREYSSÉ D., *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Dalloz, 2021, n°404, p.407.

[387] *Ibid*.

victime décide d'adopter des mesures pour limiter son dommage, les frais dépensés devront être pris en charge par l'auteur de la faute. C'est la raison pour laquelle, par exemple, un contractant qui engagerait des frais démesurés pour rendre un bien conforme ne pourrait plus s'en prévaloir[388]. Sa réactivité n'a aucune utilité si elle n'accompagne pas l'efficacité du contrat, qui est la raison d'être du devoir de minimiser son dommage. Le devoir de réaction se révèle être le comportement à adopter pour se conformer à l'obligation de minimiser son propre dommage, il agit comme un rouage du devoir principal : il impose souvent au contractant d'adopter des mesures matérielles, mais ces dernières peuvent également être d'ordre juridique et supposer la mise en œuvre de certains droits subjectifs destinées à minimiser le dommage.

63. Les manifestations du devoir de réaction dans le cadre de la minimisation du dommage dans la pratique arbitrale internationale : **l'exemple des sanctions de l'inexécution** - Le créancier pourrait un jour se voir reprocher par le débiteur de ne pas avoir usé de sa faculté de résolution unilatérale ou d'exception d'inexécution anticipée par le truchement de l'obligation de minimiser son propre dommage. Dans les sentences internationales, de nombreux contractants sont sanctionnés sur le fondement de la minimisation du dommage pour ne pas avoir brandi une sanction en temps utile face à la réalisation du dommage[389]. Ainsi, dans une sentence CCI n°2520[390], les arbitres avaient décidé d'atténuer la responsabilité pour inexécution du débiteur précisément parce que le créancier avait fait montre d'une tolérance négligente face à l'inexécution. Relevant que les créanciers ne réagirent pas à l'inexécution de plus en plus grave et irréversible de leur cocontractant avec une clarté et une détermination suffisante pour lever le doute », ils avaient déduit de la négligence à se prévaloir de la faculté de résiliation du contrat « un manque de rigueur et une négligence de nature à atténuer la responsabilité du débiteur pour ses propres manquements ». Le juge français

---

[388] WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », art. préc.

[389] OSMAN F., « L'ambivalence du silence en droit international privé et dans la *lex mercatoria* », *in* MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, t. 54, IRJS, p. 63 et s.

[390]Sentence CCI n°2520, 1975, Clunet 1976 pp. 992-995, obs. Y. Derains ; voir également en ce sens : Sentence CCI, n°2291 en 1975, JDI, 1976, p.988, obs. Y. Derains : Dès lors que le débiteur a exprimé son désir de ne pas se conformer à ses engagements, le créancier doit « faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable » dans la sauvegarde de ses intérêts. Preuve que la lenteur dans la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée peut être source de manquement à son obligation de minimiser le dommage.

pourrait donc un jour imposer au créancier un véritable devoir de réaction sur le fondement de l'obligation de minimiser son propre dommage *via* les sanctions de l'inexécution. Plus particulièrement, l'exception d'inexécution, avérée ou anticipée, ainsi que la résolution unilatérale, par le truchement du caractère urgent[391], pourraient être un jour considérés comme des prérogatives permettant de minimiser son dommage. Si tel est le cas, le manquement au devoir de réaction du créancier victime conduira non pas à éteindre son droit à indemnisation mais seulement à le limiter.

64. Conclusion de la section – Si l'étude des manifestations du devoir de réaction en droit du commerce interne et international nous a révélé de nombreuses manifestations qui s'emboîtent parfaitement dans la définition proposée par le Professeur Hugo Barbier[392] en ce qu'elles imposent au contractant de réagir en temps utile à un dysfonctionnement contractuel, les diverses manifestations, non exhaustives, du devoir de réaction rencontrée dans d'autres contrats spéciaux d'affaires tels que les contrats d'assurances, de cession de parts sociales ou d'intermédiation commerciale ouvrent de nouvelles pistes. Elles ont démontré que le contractant pouvait être sanctionné par l'impossibilité de se prévaloir d'un droit dès lors qu'il fait face à une interpellation contractuelle où à un évènement qui a pour particularité de rechercher la poursuite l'efficacité du contrat et, justement, de lui éviter un dysfonctionnement. Dans tous les cas, le devoir de réaction accompagne l'efficacité du contrat. De tels mécanismes ne sont pas propres aux contrats d'affaires et ont émergé dans d'autres contrats spéciaux avant de faire leur entrée dans le droit commun des obligations. L'essor du devoir de réaction, du fait de sa transversalité et la démultiplication de ses manifestations, est un phénomène qu'il devient difficile d'ignorer. D'autant plus que le contractant peu réactif peut tout à fait être sanctionné par l'engagement de sa responsabilité civile dès lors qu'il a causé un préjudice à autrui.

---

[391] DOURNAUX F., « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale, note sous Cass. com., 17 février 2021, n°19-19993 et Cass. com., 3 mars 2021, n°19-22574, RDC 2, 2021, p.10.

[392] V. *Supra*, n°82 : pour rappel, le Professeur Hugo Barbier définit le devoir de réaction comme suit : « le devoir de réaction du contractant peut se définit comme l'exigence qui lui est faite de tirer promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle illicite. C'est donc une forme de devoir de diligence en réponse à la situation particulière qu'est le dysfonctionnement du contrat ».

Section seconde : Les manifestations du devoir de réaction sanctionnées par l'engagement de la responsabilité civile du contractant

65. La deuxième sanction du devoir de réaction est l'engagement de la responsabilité du contractant – Le devoir de réaction se manifeste ensuite dans les mécanismes issus de la responsabilité civile[393]. Il s'agit là d'une sanction que peut engendrer le manquement au devoir de réaction. En effet, les lignes qui précèdent ont démontré que le devoir de réaction reposait sur l'exigence du bon usage d'un droit subjectif face à certaines circonstances. L'absence ou la mauvaise mise en œuvre d'un droit subjectif peut également être à l'origine d'une faute civile. À suivre cette piste, en droit commun des obligations, le devoir de réaction se manifeste le plus clairement à travers le devoir de bonne foi. Au-delà de cette hypothèse classique, se sont développées des obligations légales à l'égard de certains contractants qui portent en elles un devoir de réaction. Plus particulièrement, l'obligation de sécurité de l'employeur ou les obligations de vigilance qui pèsent sur le banquier, la société donneuse d'ordre ou le fournisseur d'hébergement imposent à leur égard un comportement réactif qui accompagne leur mise en œuvre. Pour des raisons chronologiques, nous avons choisi d'étudier d'abord les manifestations du devoir de réaction en droit commun des obligations (**paragraphe premier**) puis celles en droit spécial (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : Les manifestations du devoir de réaction pouvant conduire à l'engagement de la responsabilité civile en droit commun des obligations

66. Les manifestations du devoir de réaction sur le fondement du devoir de bonne foi – Sans approfondir la définition et la place du devoir de bonne foi, étudiées plus loin en tant que fondement du devoir de réaction[394], bornons-nous à rappeler que le devoir de bonne foi, dont on peut désormais trouver trace à l'article 1104 du Code civil, est une norme matricielle de laquelle sont nés un certain nombre de devoirs plus particuliers comme le devoir de loyauté, de cohérence ou encore de collaboration. L'émergence et l'affinement des devoirs précités a favorisé l'essor d'un comportement réactif. Le devoir de réaction peut, en effet, se fondre dans chacun d'eux mais l'inverse

---

[393] LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.38.
[394] V. *Infra*, n°139 et s.

n'est pas vrai. Lorsqu'un dysfonctionnement contractuel survient ou qu'une interpellation reste sans réponse, le devoir de réaction peut tour à tour servir une exigence de cohérence, de loyauté ou de solidarité. Il s'insinue dans tous les devoirs issus de la bonne foi comme une norme comportementale générale et objective que tout contractant se doit de respecter. Par exemple, le contractant qui n'a pas réagi à un dysfonctionnement contractuel, laissant croire à son cocontractant qu'il y renonçait, se verra probablement reproché son manque de cohérence. Dans un contrat où la coopération est de mise, celui qui n'a pris aucune mesure pour faciliter l'exécution du contrat à son cocontractant verra son manque de solidarité inscrit à la liste des griefs. Pour autant, aucun de ces devoirs, *per se*, n'impose et n'insiste sur la réactivité. Le devoir de réaction est à la fois moins large et plus large que les autres. Moins large car il embrasse une situation très particulière, plus large car il peut surgir dans la mise en œuvre de chaque devoir. Il n'en reste pas moins que le devoir de bonne foi peut venir sanctionner l'inertie du contractant[395]. Lorsque le devoir de réaction est fondé par le devoir général de bonne foi, celui-ci imposera aux contractants le même comportement que celui que leur imposent les délais, c'est-à-dire la prohibition d'un comportement passif face à un dysfonctionnement de l'ordre contractuel, la sanction d'un silence prolongé puis brisé par un réveil soudain. L'article 1104 du Code civil ne dit pourtant rien sur les ramifications qu'elle peut prendre ni sur les sanctions qu'elle peut engendrer[396]. Au-delà des hypothèses de déchéances étudiées précédemment[397], c'est principalement la responsabilité contractuelle qui va venir sanctionner son manquement[398]. La jurisprudence *Les Maréchaux*, nous l'avons vu, a opéré une distinction entre les prérogatives contractuelles, dont l'usage déloyal peut être sanctionné par l'impossibilité pour le contractant de s'en prévaloir, et la substance des droits et obligations légalement convenus par les parties qui, eux, ne peuvent faire l'objet d'aucune suppression si ce n'est une sanction sous forme de dommages et intérêts[399]. Aux côtés de la déchéance, il est donc tout à fait possible de sanctionner la mauvaise foi par l'attribution de dommages et intérêts à condition que le comportement ait causé un dommage[400]. Les dommages et intérêts interviennent dans

---

[395] FAGES B., « Des comportements contractuels à éviter », Dr. et Patr., 1998, p.67-77.
[396] MALINVAUD PH., FENOUILLET D., MEKKI M., *Droit des obligations*, 14e éd., LexisNexis, 2017, n°459, p.415.
[397] V. *Supra*, n°25 et s.
[398] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.*, n°655, p.522
[399] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff
[400] C'est d'ailleurs ce que précise le dernier alinéa de l'article 1217 du Code civil.

plusieurs hypothèses : d'abord, lorsque le comportement déloyal porte directement sur la substance de l'obligation qui, elle, ne saurait être paralysée[401]. Il est tout à fait possible d'imaginer qu'un contractant puisse être sanctionné par l'engagement de sa responsabilité civile lorsque sa mauvaise foi a consisté en une inertie déloyale dans le cadre de la mise en œuvre d'un droit ou d'une obligation pourtant protégée par la force obligatoire. Ainsi du contractant qui ne se serait pas servi d'une clause d'unité de compte en matière bancaire avant de subitement s'en prévaloir[402] ou du bailleur qui n'aurait pas répondu aux demandes de régularisation des charges formulées par le preneur avant d'en réclamer la somme correspondante au bout de cinq années[403]. Dans ces deux derniers exemples, ni le banquier ni le bailleur ne pouvaient être sanctionnés par la déchéance sans risquer une censure sur le fondement de la force obligatoire du contrat de la part de la Cour de cassation. L'autre hypothèse, moins courante, a directement trait à la réactivité du contractant. C'est celle dans laquelle la déchéance n'a aucune efficacité.

67. La responsabilité du contractant peut être engagée pour donner suite à l'usage déloyal d'une prérogative par abstention – La responsabilité civile du contractant vient prendre le relai de la sanction de la mauvaise foi dès lors que la déchéance est inefficace. Tel est le cas non seulement lorsqu'elle porte sur la substance des droits et obligations mais aussi lorsqu'une telle sanction serait manifestement impossible voire inutile[404]. Lorsqu'elle a pour objet de sanctionner l'usage déloyal ou abusif d'une prérogative contractuelle, la déchéance se comprend aisément. Elle vient neutraliser l'outil même de la mauvaise foi, empêche le contractant de se prévaloir des avantages qu'il avait cru acquérir et efface le comportement manifesté par le contractant[405]. En revanche, il est plus difficile de concevoir l'utilité de la déchéance lorsque le comportement déloyal consiste en l'abstention. On ne saurait paralyser un droit

---

[401] LE TOURNEAU PH., POUMAREDE M., « Bonne foi – La bonne foi dans l'exécution du contrat », *Rép. dr. civ.*, 2017, n°135.
[402] Cass. com., 8 mars 2005, n°02-15.783, Bull. Civ. I, n°44; D.2005. Pan. 2843, obs. Fauvarque-Cosson; RDC 2005.1015, obs. D. Mazeaud; RTD civ. 2005.391, obs. J. Mestre et B. Fages.
[403] Cass. 3e civ., 21 mars 2012, n°11-14.174 ; Bull. III, n°49 : est déloyal et doit verser des dommages intérêts à son cocontractant et à sa caution le bailleur qui n'a pas répondu aux demandes de régularisation des charges formulées par le preneur et qui se contente de réclamer, au bout de cinq années, une somme correspondant à plus du triple de la somme provisionnée ; voir également : Cass. com., 31 mai 1994, RJDA 1994, n°1129 : le créancier de celui qui a garanti l'exécution de ses obligations par le locataire-gérant d'un fonds de commerce manque à son obligation de loyauté s'il continue ses livraisons au profit du débiteur, exploitant du fonds de commerce, sans aviser le garant dont il a aggravé les obligations par son inaction.
[404] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°513, p.399.
[405] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., n°602, p.684.

qui n'a pas été mis en œuvre. Le non-usage, par le contractant, d'une prérogative ou d'un droit offert par le contrat va le conduire à causer un dommage à son cocontractant. Dans ce contexte, c'est précisément le fait de ne pas avoir user d'une prérogative ou d'un droit qui va être reproché au contractant. La jurisprudence offre quelques exemples particulièrement éclairants.

68. Le non-usage fautif d'une prérogative contractuelle – Un contractant peut-il engager sa responsabilité sur le fondement du devoir de bonne foi lorsqu'il n'utilise pas une prérogative contractuelle qui, pourtant, a été stipulée dans son intérêt exclusif ? C'est l'hypothèse à laquelle a fait face la Cour de cassation dans un arrêt du 13 décembre 2016[406]. Un transporteur maritime s'était engagé à livrer des marchandises périssables dans un port déterminé. En principe, le transporteur est responsable des pertes ou des dommages subis par la marchandise depuis la prise en charge jusqu'à la livraison sauf, entre autres exceptions, s'il arrive à démontrer que les dommages ont été causés par une grève dans le port de destination[407]. C'est précisément ce qui arriva en l'espèce. Les transporteurs ne purent pas délivrer la marchandise à temps en raison d'une grève qui bloquait le port de destination. Cependant, une clause du contrat stipulait qu'en cas de grève bloquant la destination convenue, le transporteur était autorisé à modifier le port de déchargement. Ces *liberty clauses* sont très fréquentes dans les contrats de transport maritime[408]. Arrivé à destination, le transporteur maritime de l'espèce choisit de ne pas user de sa faculté contractuelle et préféra attendre la fin de la grève. La totalité des marchandises à bord périmèrent. Les assureurs du propriétaire des marchandises assignèrent alors le transporteur en lui imputant la responsabilité de la perte de la marchandise. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, condamnèrent le transporteur maritime à des dommages et intérêts pour ne pas avoir usé de sa prérogative contractuelle qui aurait permis de livrer la marchandise dans un autre port et donc de la sauver. La particularité de ces clauses est qu'elles sont classiquement interprétées comme étant dans l'intérêt exclusif du transporteur. Ainsi, même si cette affirmation doit être nuancée[409], un contractant peut être sanctionné pour ne pas avoir usé

---

[406] Cass. com., 13 décembre 2016, n°14-20.804.
[407] Art. L.5422-12, 4° du Code des transports.
[408] BLOCH C., « L'effet boomerang de la liberty clause », DMF, n°789, 03/2017, p. 228.
[409] STOFFEL-MUNCK Ph., « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », note sous, Cass. Com., 13 décembre 2016, n°14-20804, F-D, RDC, 2018/1, p.20. : La jurisprudence de droit maritime montre que l'exercice de cette prérogative unilatérale est contrôlé. Le juge observe en particulier,

d'une prérogative unilatérale qui était pourtant dans son intérêt dès lors qu'il ne l'a pas utilisé en temps utile et qu'un préjudice a été causé à son cocontractant. Derrière « l'énergie qui transforme cette faculté en devoir[410]» se cache le devoir de bonne foi et plus particulièrement une forme de devoir de coopération en vue de la bonne exécution du contrat[411]. Cette forme du devoir de bonne foi qui impose aux contractants d'user de leurs prérogatives dès lors que leur abstention conduirait à causer préjudice à leur cocontractant démontre qu'ils sont tenus d'un devoir de réaction qui peut parfois tendre vers les intérêts d'autrui. Le contractant est ici placé face à un dysfonctionnement contractuel (la grève, un évènement imprévu qui risque de mettre en péril la marchandise) et la bonne exécution du contrat est subordonnée à l'usage de sa prérogative. Il est donc sommé de réagir dès l'apparition du risque, précisément parce qu'il a les moyens de réagir. C'est une hypothèse que l'on retrouve fréquemment en droit des transports[412]: a le devoir de réagir le contractant qui en a le pouvoir. Il n'est pas nécessaire que ces mesures soient suspendues à une prérogative contractuelle. En témoigne l'article 14 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route du 19 mai 1956, dite « CMR », qui impose au transporteur placé face à une exécution impossible du contrat et sans instructions supplémentaires, de prendre « les mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de la personne ayant le droit de disposer de la marchandise ». C'est là l'une des formes que peut prendre le devoir de réaction, celle dans laquelle « l'auteur du préjudice, se livrant à une activité particulière, s'abstient de prendre toutes les précautions qui seraient nécessaires pour que cette activité ne cause pas de dommage à autrui[413]».

69. Le non-usage abusif d'un droit ou d'une prérogative contractuelle – L'abus de droit par abstention est une hypothèse plus rare, mais

---

si le transporteur a essayé de concilier les intérêts en présence notamment celui du destinataire. C'est dire que, sauf précision contraire, la clause s'ordonne à des intérêts qui dépassent ceux du seul transporteur.

[410] *Ibid.*

[411] FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit.,* n°281, p.241 : « Une seconde manifestation de l'obligation d'exécuter de bonne foi est celle qui implique, de façon positive, une coopération en vue de la bonne exécution du contrat : « informer, s'informer, faciliter les engagements de l'autre, renégocier, user d'une clause. » Pour l'illustrer, l'auteur utilise l'arrêt du 13 décembre 2016 ; pour ce même auteur, il s'agit donc d'une émanation de la coopération.

[412] SZRAMKIEWICZ R., DESCAMPS O., *Histoire du droit des affaires*, *op. cit*., n°34, p.43 : v. la loi rhodienne du « jet-à-la-mer » et la théorie des avaries communes.

[413] JULIEN J., « Abstention fautive », *in* LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2021-2022, n°2216-11 et s.

parfaitement admise[414]. Le Professeur Barbier la définit comme le cas dans lequel « le titulaire de la prérogative unilatérale se refuse purement et simplement à l'exercer, faisant preuve d'une inertie de nature à bloquer un projet suspendu à sa volonté[415]». C'est précisément l'hypothèse à laquelle était confrontée la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 février 2019. L'affaire opposait deux associés d'une SNC. Le premier avait informé le second qu'il souhaitait céder ses parts sociales et lui avait présenté plusieurs candidats, pendant plusieurs années afin d'obtenir son agrément. Contrairement aux autres sociétés, aucun délai de réponse n'est imposé à l'associé qui doit donner son agrément. C'est la raison pour laquelle l'associé avait pu rester taisant pendant de longues années avant de se voir assigné et condamné pour abstention abusive de son droit d'agrément. Comparons cet arrêt avec celui, précédemment évoqué, rendu le 13 décembre 2016 à propos du transport maritime. Dans cette dernière espèce, l'abstention est fautive précisément parce qu'il n'a pas réagi à la survenance d'un dysfonctionnement contractuel alors qu'il disposait d'une prérogative contractuelle permettant de l'éviter. D'une certaine manière, il concoure à la réalisation du préjudice de son cocontractant. Lorsqu'un dommage se réalise ou est sur le point de se réaliser, le contractant a le devoir d'exercer ses prérogatives contractuelles dès lors que celles-ci lui permettent de l'éviter. Son absence de réaction aggrave le préjudice de son cocontractant. Dans la première espèce, il n'y a aucun dysfonctionnement. Le contractant cherche au contraire à parfaire son contrat de cession de parts sociales et tente d'obtenir l'agrément de son coassocié. L'opération est suspendue à l'interpellation de ce dernier : il est sommé d'accepter ou de refuser les candidats proposés. Ici, l'associé est directement à l'origine du préjudice. Dans la plupart des textes légaux qui imposent au contractant un devoir de réaction lorsqu'il est interpellé, un délai de réponse est imposé au destinataire. Lorsqu'aucun délai, ni préfix ni standardisé par le raisonnable, ne vient enserrer la réponse du cocontractant, l'on voit bien que c'est la responsabilité civile qui vient prendre le relai pour offrir une sanction différente à l'égard d'un comportement pourtant identique.

---

[414] *Ibid*., n°2213-15 ; v. également : Cass. 3e civ., 17 janvier 1978, n°76-12.896.

[415] BARBIER H., « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », RTD Civ. 2019, p.236, note sous Com. 6 février 2019, n°17-20.112, inédit, D.2019.568, note A. Tadros ; Rev. Sociétés 2019.236, note I. Beyneix.

Paragraphe second : Les manifestations du devoir de réaction pouvant conduire à l'engagement de la responsabilité civile en droit spécial des obligations

70. L'essor des obligations de sécurité et de vigilance multiplie les manifestations du devoir de réaction – Depuis la consécration de l'obligation de sécurité il y a un siècle, les obligations non-voulues par les parties mais imposées par la loi ou la jurisprudence se multiplient dans certains contrats spéciaux en raison de l'activité particulière des contractants. Ces obligations peuvent parfois être destinées à rééquilibrer le contrat mais leur essor récent reflète davantage l'émergence d'une conception sociale du contrat imposant aux contractant de dépasser leurs seuls intérêts pour prendre en charge la protection d'un intérêt général[416], comme la dignité au travail, la protection de l'environnement ou des droits de l'Homme. Ces obligations, tendues vers un intérêt supérieur au contrat, portent en elle un devoir de réaction visant à accompagner leur efficacité par le bon usage des prérogatives. Celui-ci est d'abord observable dans le cadre de l'obligation de sécurité de l'employeur (**I**) et se retrouve, tel un engrenage, dans de nombreux devoirs de vigilance (**II**) imposés par la loi ou la jurisprudence à des contractants en raison de leur activité particulière.

I. Les manifestations du devoir de réaction dans le cadre de l'obligation de sécurité de l'employeur

71. Origine et essor de l'obligation de sécurité en droit du travail – L'obligation de sécurité fut pour la première fois mise en avant par la jurisprudence dans un très célèbre arrêt de 1911 en matière de contrats de transport de personnes[417]. Pour la première fois, les juges se fondèrent sur l'équité de l'ancien article 1135 du Code civil pour imposer une obligation de sécurité au transporteur, qui n'avaient pourtant pas été contractuellement prévue. Josserand parla à cet égard de « forçage du contrat[418]» par les pouvoirs publics et l'on s'empressa d'appliquer à l'obligation de sécurité la célèbre dichotomie imaginée par Demogue[419]. Ainsi, lorsque l'obligation de sécurité est de résultat, la victime est dispensée de démontrer la faute de l'autre partie. Le dommage de

---

[416] V. *Infra*, n°188 et s.
[417] Cass. civ., 21 novembre 1911, Cie Générale transatlantique, DP, 1913.I, p.249.
[418] JOSSERAND L., « L'essor moderne du concept contractuel », *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t.II, Sirey, 1934, p.340.
[419] DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, 1925, n°1237.

la victime suffit à engager la responsabilité du débiteur. Une telle hypothèse n'incite ni n'oblige le contractant à une réactivité particulière. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une obligation de sécurité moyens, le débiteur s'oblige à utiliser tous les moyens possibles en vue d'atteindre le résultat, dont la réaction immédiate à la survenance du risque est une composante essentielle. Tunc proposait à cet égard la distinction particulièrement parlante entre les obligations de résultats et les « obligations de diligence[420]». Le créancier devra alors démontrer que le débiteur a commis une faute en prouvant qu'il n'a pas pris toutes les mesures pour éviter le dommage[421]. C'est dans cette dernière hypothèse que va se manifester le devoir de réaction puisque la faute pourra consister en une absence de réaction. Aujourd'hui, l'obligation de sécurité a connu un large succès[422] et le législateur l'a étendu aux contrats d'entreprise, de vente et de travail[423]. C'est ce dernier qui retiendra notre attention.

72. Le devoir de réaction se manifeste à travers l'obligation de sécurité de l'employeur : **le passage d'une obligation de résultat à une obligation de moyens** – L'obligation de sécurité de l'employeur est à la fois légale et jurisprudentielle[424]. Légale car elle a été consacrée par le législateur à la suite de la transposition de la directive n°89/381 du 12 juin 1989. Celle-ci se trouve désormais aux articles L.4121-1 et suivants du code du travail et impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. Jurisprudentielle ensuite car c'est à la Chambre sociale de la Cour de cassation qu'est revenu le rôle de l'étendre ou la restreindre. Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré dans une série d'arrêts que « l'employeur était tenu, en vertu du contrat de travail le liant avec son salarié, d'une obligation de sécurité de résultat[425]. » Pendant la décennie qui suivit, l'employeur fut ainsi soumis à une obligation de sécurité de résultat : la simple réalisation du risque professionnel suffisait alors à engager la responsabilité de l'employeur, quand bien même l'employeur aurait pris des

---

[420] TUNC A., « Distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », JCP 1945.I, p.449.
[421] MALAURIE PH., AYNÈS L., *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°942, p.538.
[422] SÉRIAUX A., *La faute du transporteur*, 2e éd., Economica, 1998, n°31, p.24 : notons que les transporteurs aériens ne sont tenus qu'à une obligation de moyens ; *adde* : BLOCH C., *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002.
[423] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°648, p.571.
[424] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail, op. cit.,* n°947, p.1141
[425] Cass. soc., 28 février 2002, n°00-10.051, 99-17.221, 99-21.255 et 99-17.201 ; D.2002. Jur. 2696, note X. Prétot ; RTD civ., 2002.310, obs. P. Jourdain.

mesures en vue de faire cesser les agissements[426]. L'obligation de sécurité de résultat a ce défaut bien connu qu'elle ne permet pas à celui qui en est tenu de s'exonérer s'il réussit à prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage. L'obligation de résultat insiste moins sur le comportement de l'employeur que sur la sécurité tandis que l'obligation de moyens promeut davantage la responsabilisation du comportement au détriment des chances d'indemnisation du salarié. Son effet décourageant à l'égard de l'employeur fit l'objet de quelques critiques de la part de la doctrine travailliste : la certitude d'être condamné ne l'incitait pas à prendre des mesures sécuritaires efficaces[427]. Ce n'est qu'à partir 2015 que la Chambre sociale de la Cour de cassation a commencé à revenir sur sa position. Par un arrêt du 25 novembre 2015, elle est venue reconnaître sans le dire expressément que l'employeur était tenu à une obligation de sécurité de moyens[428]. Le terme d'obligation de résultat ne fut formellement abandonné qu'en 2017[429]. Pour résumer la position jurisprudentielle actuelle, « l'employeur a la possibilité d'établir qu'il a respecté son obligation en apportant la preuve qu'il a pris les mesures prévues aux articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail, qu'il a respecté la méthode détaillée dans l'article L.4121-2 du code du travail et qu'il a pris toutes ces mesures en temps utile[430]». L'obligation de sécurité de résultat ne laissait pas de temps au débiteur pour réagir entre l'apparition du risque et la réalisation du dommage. En ne devenant que de moyens, l'obligation de sécurité fait désormais peser sur l'employeur, en plus des mesures préventives, un devoir de réaction. Laisser la possibilité de réagir, c'est aussi obliger à réagir. Lorsque survient le risque professionnel, l'employeur a le devoir de réagir immédiatement pour faire cesser l'illicite.

73. Le passage d'une obligation de résultat à une obligation de moyens a scindé le contenu de l'obligation de sécurité en un volet préventif et un volet réactif – L'obligation de sécurité, en imposant à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la santé physique et mentale des travailleurs, consiste

---

[426] Cass. soc., 29 juin 2011, n°09-69.444.
[427] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, 6e éd., LGDJ, 2018, n°771, p.589 ; FANTONI-QUINTON S., VERKINDT P.-Y., « Obligation de résultat en matière de santé au travail – À l'impossible, l'employeur est tenu ? », Droit soc. 2013, p.229.
[428] Cass. soc., 25 novembre 2015, n°14-24.444, D.2016.147, note E. Wurtz : « ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4112-1 et L.4121-2 du Code du travail. »
[429] Cass. soc., 17 février 2016, n°15-400.42 P.
[430] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail, op. cit.,*n°783, p.632.

principalement en l'adoption de mesures préventives. Les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail dressent en ce sens la liste des principes qui doivent guider les mesures que doit prendre l'employeur : il doit par exemple éviter et évaluer les risques, combattre les risques à la source, adapter le travail au salarié ou remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas. Parce qu'elle couvre un large panel de risques, la substance du volet préventif de l'obligation de sécurité varie non seulement selon le secteur de l'emploi mais aussi selon la nature du risque. Elle s'accompagne très souvent d'un volet réactif. Ainsi de l'employeur qui, à la suite d'une altercation entre salariés, n'aurait pris aucune mesure pour éviter un nouvel incident[431] ou n'aurait pris que des mesures insuffisantes[432]. La crise sanitaire des années 2020-2021 a imposé aux employeurs, dans le cadre de leur obligation de sécurité, à protéger la santé des salariés à travers des mesures aussi bien préventives que réactives[433]. La découverte d'un cas de coronavirus dans l'entreprise, malgré les mesures préventives bien connues[434], oblige l'employeur, dès qu'il a connaissance de la contamination d'un employé, à prendre les mesures nécessaires à la sécurité des autres salariés (obligation pour le salarié de ne pas se rendre sur le lieu de travail, passage au télétravail, dépistage massif, identification des cas contacts et sanctions disciplinaires en cas de non-port du masque). Les premières décisions rendues en ce domaine laissent penser que l'employeur qui prouve avoir pris toutes les mesures préventives et qui a réagi en temps utile à la survenance du risque, n'engage pas sa responsabilité[435]. C'est, toutefois, l'hypothèse du harcèlement qui offre le contentieux le plus nourri et le plus parlant. À travers ce risque, le devoir de réaction connaît l'une de des manifestations les plus criantes en droit du travail.

---

[431] Cass. soc. 17 octobre 2018, n°17-17.985, : « Constitue un manquement à l'obligation de sécurité le fait, pour l'employeur, bien qu'ayant connaissance des répercussion immédiates causées sur la santé du salarié par une première altercation (…) et donc du risque d'un nouvel incident, de n'avoir pris aucune mesure concrète pour éviter son renouvellement (…). »

[432] Cass. soc. 17 mars 2021, n°19-15.721 : à la suite d'une altercation, l'employeur avait, entre autres, adressé des avertissements aux deux protagonistes. La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel qui avait trouvé ces mesures suffisantes.

[433] GUILLARD J.-C., « Obligation de sécurité et risque sanitaire à l'automne 2020 », *in* RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 311 ; VALNUS C., « L'obligation de sécurité de l'employeur à l'épreuve de la pandémie de covid-19 », Gaz. Pal., 2020, n°30, p.66.

[434] MINISTÈRE DU TRAVAIL, *Coronavirus : questions/réponses pour les entreprises et les salariés*, site internet du Ministère du travail, mis à jour 16 avril 2020 : c'est à travers ces prescriptions du ministère du travail que les juges apprécient l'accomplissement ou non de l'obligation de sécurité de l'employeur.

[435] GAUDIN F., « Crise sanitaire – Pouvoir disciplinaire de l'employeur et Covid-19 », Juris associations 2020, n°630, p.40 ; voir en ce sens : TJ Paris, 9 avril 2020, n°20/52223 : le tribunal a considéré que *La Poste* n'avait pas méconnu son obligation de sécurité au regard des mesures préventives adoptées pendant la crise sanitaire ; *contra* TJ Nanterre, 14 avril 2020, n°20/00503 : le tribunal a considéré que la société *Amazon France* avait manqué à son obligation de sécurité pour ne pas avoir accompli les mesures préventives, et notamment « la pleine effectivité des mesures de distanciation sociale ».

74. Le devoir de réaction de l'employeur face à un cas de harcèlement sexuel ou moral – En vertu des articles L.1153-4 et L.1153-5 du code du travail, « l'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner ». Au harcèlement sexuel est venu s'ajouter le harcèlement moral que l'article L.1152-4 du code du travail impose à l'employeur de prévenir et guérir selon des obligations de même nature. Cette obligation spéciale propre au harcèlement se rattache à celle, plus générale, de sécurité[436]. Depuis l'incorporation du harcèlement dans l'obligation de sécurité et le passage de l'obligation de résultat à celle de moyens, il est tout à fait possible pour l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant, au-delà du respect des mesures préventives, qu'il a réagi à temps[437]. En matière de harcèlement, les juges sanctionnent tout autant l'absence de mesures préventives que l'absence de réaction de l'employeur face à la survenance du risque. C'est ainsi que la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention et qui, informé de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à les faire cesser[438]». En l'espèce, les mesures de cessation n'avaient pas été jugées suffisantes par les juges car elles n'avaient pas été suffisamment « immédiates ». Le Professeur Jourdain note à cet égard qu'il eut « fallu sans doute prendre des mesures de cessation plus énergiques pour mettre fin immédiatement au harcèlement[439]». La jurisprudence divise ainsi nettement les mesures préventives des mesures réactives imposées à l'employeur : c'est dans ces dernières que se manifeste un devoir de bonne et prompte réaction qui impose de réagir selon des critères précis dans un délai quasi-instantané[440]. En matière de harcèlement, ainsi que de tout autre risque, la Cour de cassation opère donc un contrôle scrupuleux de chaque

---

[436] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, *op. cit.*, n°320, p.278.
[437] LOKIEC P., *Droit du travail,* PUF, 2019, n°419, p.416.
[438] Cass. soc., 1er juin 2016, n°14-19.702, RTD civ. 2016.869, note P. Jourdain.
[439] JOURDAIN P., *loc. cit.*
[440] ADAM P., « Harcèlement moral - Mécanisme de règlement des situations de harcèlement moral », *Rép. Droit du travail*, Dalloz, 2019, n°330 : l'auteur insiste sur la nécessité pour l'employeur de ne pas rester passif. Face à des faits de harcèlement, l'employeur a le devoir d'engager une enquête immédiatement afin de faire la lumière sur les accusations.

mesure prise par l'employeur[441]. Si les simples avertissements ou les réunions sont des mesures certainement insuffisantes, des mesures trop abruptes et énergiques peuvent parfois faire l'objet de la reproche inverse[442]. De manière générale, la réaction de l'employeur face à des cas de harcèlement est légitimée par les juges qui risquent peu de la considérer comme abusive et retiennent exceptionnellement que l'absence de réaction de l'employeur pendant un certain temps ne l'empêche pas, par la suite, de s'en prévaloir comme un juste motif de licenciement contrairement à des fautes plus classiques[443]. La scission d'une obligation légale entre un volet préventif et réactif s'est développée récemment en droit du travail mais existe de longue date pour le devoir de vigilance.

II. Les manifestations du devoir de réaction dans le cadre des obligations légales et jurisprudentielles de vigilance

75. Essor et contenu des sources légales et jurisprudentielles qui imposent un devoir vigilance au contractant – S'il n'existe aucune définition générale du devoir de vigilance, chacune de ses manifestations offre des traits communs. Il pourrait se définir comme l'exigence faite aux contractants, le plus souvent professionnels, d'adopter un comportement à la fois prophylactique et diligent face aux illicéités qu'ils constatent dans le cadre de leurs activités, plus particulièrement de leurs relations contractuelles. Il s'agit, pour celui qui en est débiteur, d'apporter une attention particulière, de surveiller et de se montrer actif afin d'assurer plusieurs objectifs. Un objectif purement contractuel d'abord, puisque le professionnel doit accomplir efficacement ses obligations sans qu'elles ne causent de dommages ni à son cocontractant, ni à un tiers ; et l'objectif plus large, tourné vers l'intérêt général, de moralisation de la vie des affaires par la protection d'un intérêt sectoriel. Sa violation se sanctionne principalement par la responsabilité civile mais est également source de responsabilité pénale ou administrative. Pour ce faire, les obligations légales de vigilance

---

[441] FRAISSE W., « Altercation entre salariés : manquement de l'employeur à son obligation de sécurité », note sous Cass. soc. 17 oct. 2018, n°17-17.985, D. Act., 2018 ; L'employeur doit par ailleurs se montrer coopératif à la caractérisation du risque : alerté par un courrier de l'avocat du salarié, un employeur n'avait engagé aucune action pour permettre le diagnostic d'une souffrance au travail de nature à constituer un harcèlement moral : Cass. soc., 15 juin 2016, n°14-28.872.

[442] LEBORGNE-INGELAERE C., « L'employeur face au harcèlement sexuel : incidence de son inertie et encadrement de sa réaction », La semaine juridique social n°30, 29 juillet 2014, p.1321 : l'employeur doit ainsi indiquer au cours de l'entretien préalable au salarié dont il doit recueillir les explications le motif de la sanction envisagée.

[443] FROSSARD S., « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », *in Etudes offertes à J. Pélissier*, p.231, spéc. 243.

se scindent entre des mesures préventives d'une part, et l'exigence d'une attitude réactive d'autre part. Le devoir de réaction se présente alors comme une composante essentielle d'une obligation de vigilance. Des auteurs expliquent ainsi que c'est l'exigence de loyauté du contractant qui fonde le devoir de vigilance, et qu'à « qu'à cette vigilance peut être rattachée le devoir de prompte réaction, qui s'impose à tout contractant souffrant d'une défaillance de l'autre partie ou qui constate une illicéité[444]». À des devoirs de vigilances connus de longue date, comme celui du secteur bancaire et financier, sont venus s'ajouter ceux des hébergeurs, des maîtres d'ouvrages et des sociétés donneuses d'ordre. Autant d'exemples dans lesquels les mesures parfois préventives nécessitent d'être couplées au devoir de réaction pour que la vigilance poursuive efficacement ses objectifs. Retraçons ses principales manifestations.

76. Les manifestations du devoir de réaction dans la vigilance des banquiers et prestataires financiers – Le devoir de vigilance du banquier est classiquement présenté comme une limite au principe de non-ingérence du banquier[445]. Il se divise entre un devoir général de vigilance, qui concerne la détection des anomalies affectant la relation bancaire avec son client, et des devoirs spéciaux de vigilance, qui vise à faire participer le banquier à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[446]. Le devoir général de vigilance du banquier est principalement d'ordre réactif mais s'accompagne de légères mesures préventives qui consistent à collecter un certain nombre d'informations : lors de l'entrée en relation, le banquier doit ainsi vérifier l'identité et l'adresse du nouveau client[447]. En cours de relation, il a le devoir de réagir à toutes les anomalies matérielles et intellectuelles. Ainsi, le banquier « est fautif en acceptant sans réagir une opération manifestement irrégulière, anormale ou inhabituelle dans la pratique commerciale[448]». Ce devoir a donné lieu à un contentieux nourri dans lequel il est très souvent reproché au banquier de ne pas avoir réagi : sous peine d'engager sa responsabilité, il doit réagir à la falsification apparente d'un chèque[449], aux retraits importants du compte d'un incapable majeur[450] ou aux

---

[444] LE TOURNEAU PH., (dir.)., *Droit de la responsabilité et des contrats – Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n°3124.171, pp.1373-1374.
[445] BONNEAU T., *Droit bancaire*, 14e éd., LGDJ, 2021, n°591, p.461.
[446] MATHEY N., « La portée du devoir de vigilance », Rev. Dr. bancaire et financier, sept-oct. 2013, p.48.
[447] Art. R.312-2, CMF.
[448] LE TOURNEAU PH. (dir.), *loc. cit*.
[449] Cass. com., 10 décembre 2003, n°00.18.653 ; Cass. com., 9 octobre 2001, n°99-13.9566 ; Cass. com., 15 novembre 2016, n°15-14.133.
[450] Chambéry, 17 mai 2016, n°14/0237.

mouvements inhabituels du compte bancaire d'un client à la suite du vol de sa carte de crédit[451]. Lorsqu'il a trait au blanchiment des capitaux et au financement du terrorisme, le devoir de vigilance « spécial » du banquier est particulièrement intense. En témoigne l'article L.651-6 du code monétaire et financier qui dispose que les banquiers et prestataires de services sont tenus « à une vigilance constante et pratiquent un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur relation d'affaires. » Lorsqu'ils font face à « une opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite », ils « doivent se renseigner sur l'origine des fonds et la destination de ces sommes ainsi que sur l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie[452]. » S'ils ne sont pas en mesure de procéder à une telle identification, ils ont le devoir de mettre un terme à la relation, c'est-à-dire de rompre le contrat[453]. Le devoir de réaction du banquier s'intègre donc pleinement à celui de vigilance, qu'il permet de rendre effectif : il est la composante comportementale du devoir de vigilance.

77. Les manifestations du devoir de réaction dans la vigilance du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre – Afin de lutter contre la concurrence sociale déloyale, la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 est venue imposer un devoir de vigilance aux donneurs d'ordre (principalement les maitres d'ouvrages) qui choisissent de faire appel à des employeurs qui détachent des salariés en France. Le devoir de vigilance des donneurs d'ordre se divise là aussi entre des prescriptions préventives et réactives. Le donneur d'ordre doit ainsi s'assurer préalablement que son prestataire de service qui détache des salariés en France a bien procédé à la déclaration exigée du prestataire auprès de l'inspection du travail et à la désignation de son représentant devant assurer la liaison avec le contrôleur du travail[454]. En cours d'exécution du contrat, le donneur d'ordre est ensuite soumis à une vigilance accrue à laquelle se rattache « un devoir de réactivité[455] ». Lorsqu'il est informé d'une situation illicite, le donneur d'ordre doit réagir sans délai sous peine de sanctions diverses et originales. Le code du travail décrit explicitement non seulement les dysfonctionnement face auxquels le donneur d'ordre doit réagir mais aussi

[451] Paris, 24 juin 2010, n°08/24259.
[452] Art. L.561-10-2 CMF
[453] BONNEAU T., *Droit bancaire*, *op. cit.*, n°365, p.200.
[454] Art. L.1262-2-1 et Art. R.1263-12 et s., C. trav.
[455] GAREAU P., « Responsabilisation des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre », AJDI 2014, p.683.

les modalités de la réaction. Outre les situations bien connues de travail dissimulé, les donneurs d'ordre ont désormais l'obligation de réagir à la découverte d'une irrégularité dans le paiement du salaire minimum légal ou conventionnel[456], d'une situation d'hébergement collectif incompatible avec la dignité humaine[457] ou d'une irrégularité commise par un sous-traitant employeur dans le cadre du noyau dur de ses obligations contractuelles[458]. Dans les trois cas, le donneur d'ordre doit d'abord mettre en demeure immédiatement l'employeur de faire cesser la situation illicite, transmettre à l'agent de contrôle une copie du courrier et l'informer aussitôt d'un défaut de réponse écrite de l'employeur qui dispose d'un délai de sept jours pour régulariser l'illicéité. Le donneur d'ordre qui n'aurait pas réagi face à l'illicéité, ou qui n'aurait pas réagi correctement, est passible de sanctions civiles, pénales et administratives. Le devoir de vigilance du donneur d'ordre en matière de droit du travail se distingue par la précision de ses prescriptions et la rigueur de ses sanctions. Il pourrait sans doute offrir des clés de lecture et des analogies pertinentes pour approcher la mise en œuvre de l'obligation de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre.

78. Les manifestations du devoir de réaction dans la vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre – Depuis l'adoption de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017, les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre qui dépassent certains seuils[459] sont tenues, aux termes de l'article L.225-102-4 du code de commerce à un devoir de vigilance. Ce dernier consiste, pour les sociétés concernées, à

---

[456] L.1262-4-3 et L.3245-2 C. trav. : lorsque le donneur d'ordre est informé par écrit par un agent de contrôle d'une irrégularité concernant le paiement du salaire d'un travailleur détaché, il a l'obligation d'enjoindre « aussitôt » à son cocontractant de faire cesser « sans délai » cette situation. L'employeur dispose alors d'un délai de sept jours pour informer le donneur d'ordre des mesures prises pour faire cesser la situation (R.1263-16, C. trav). À défaut d'avoir dénoncé l'irrégularité, le donneur d'ordre est tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues.

[457] L.4231-1 C. trav. : de la même manière, lorsque le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle d'une situation d'hébergement illicite, il a le devoir d'enjoindre « aussitôt » à l'employeur de faire cesser « sans délai » cette situation. Le défaut de régularisation conduira le donneur d'ordre à devoir prendre en charge lui-même l'hébergement collectif des salariés.

[458] L.8228-1 C. trav. : informé d'une irrégularité, le donneur d'ordre doit immédiatement enjoindre l'employeur de faire cesser l'illicite. À défaut de réponse de l'employeur, le donneur d'ordre doit informer « immédiatement » l'agent de contrôle. Le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre dispose d'un délai de vingt-quatre heures à compter de son information pour enjoindre l'employeur de faire cesser « immédiatement » le non-respect d'une disposition de l'art. L.8281-1 (R.8281-1 C. trav.) ; Le fait, pour le donneur d'ordre, de ne pas avoir réagi correctement à l'illicéité est puni d'une amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (R.8282-1 C. trav.).

[459] L.225-102-4 C. com. : Seules sont concernées les sociétés qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et de ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance qui doit comporter des mesures de vigilances propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains, libertés fondamentales, la santé, la sécurité des personnes ainsi que l'environnement qui pourraient naître de leurs activités. La société est ainsi soumise à l'élaboration d'un plan et à l'obligation d'en contrôler le respect[460]. C'est dans ce second volet que se dessine, à l'égard de la société, un véritable devoir de réaction. Une fois le plan de vigilance et les risques identifiés, quel comportement doit adopter la société qui prendrait connaissance de la réalisation du risque ? Aux mesures préventives et prophylactiques de l'élaboration du plan doit assurément s'adosser un devoir de réaction à l'égard de la société[461] afin d'assurer l'effectivité du devoir de vigilance. C'est d'ailleurs ainsi qu'il se traduit en droit anglais qui apprécie la vigilance d'un contractant autant au regard de ses mesures préventives qu'à la question de savoir s'il a réagi face à la réalisation du risque[462]. Si la présence, certes discrète dans le texte, d'une obligation de réaction ne fait aucun doute à l'égard de la société, les interrogations portent principalement sur la réaction qu'il convient de mettre en œuvre[463]. Cette dernière pourra prendre diverses formes : faut-il que la société, comme en matière de travail illégal, s'empresse d'enjoindre à sa cocontractante de se conformer au plan de vigilance ? L'idée est tout à fait envisageable dans le cas où c'est au sein de la filiale que surgit le risque. En revanche, dans le cadre de ses partenaires contractuels, sans agent de contrôle ni de pouvoir judiciaire de coercition, une telle réaction risque de ne donner que de maigres résultats dès lors que la mise en demeure essuie un refus ou un silence de la part du partenaire. À l'égard de ce dernier, une réaction plus énergique consisterait à faire suivre l'injonction d'un délai pour se conformer au plan. Le refus ou l'inertie du partenaire permettrait alors de rompre la relation contractuelle sans risquer que celle-ci soit qualifiée d'abusive[464]. Une telle réaction risque toutefois de se heurter à des arguments

---

[460] PORACCHIA D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *in* BRIGNON B., GROSSI I. (dir), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Lextenso, 2018, n°8 p.18.

[461] HEINICH J., « Le devoir d'anticipation du dirigeant », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, Lextenso, 2019, p.526.

[462] BRIGHT C., « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », Dr. soc., 2017, p.828 citant : *Ngcobo and others c/ Thor Chemicals Holdings Limited* (CA, 9 octobre 1995) : une société mère qui avait eu connaissance d'un taux alarmant de mercure dans le sang des salariés de sa filiale n'avait pris aucune mesure pour remédier aux problèmes de santé des travailleurs ; *Chandler c/ Cape* (2012) EWCA civ 625 : dans lequel une société mère avait engagé sa responsabilité pour ne pas avoir réagi à la détection d'un risque, en l'espèce, un salarié de l'une de ses filiales avait contracté une maladie.

[463] CAILLER M.-C., « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », Dr. soc. 2017 p.819.

[464] TAP J.-B., « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », RJ Com., 2018, n°1.

économiques : la perte d'un contrat rentable pourrait dissuader l'entreprise de le rompre purement et simplement, et l'entreprise locale obligée à augmenter ses dépenses d'investissement prendrait le risque de ne plus être compétitive[465]. Là encore, la diversité des instruments du devoir de réaction appelle la proportionnalité. Au-delà de l'amende dont les modalités restent à fixer à la suite de sa censure par le Conseil constitutionnel, c'est la responsabilité civile délictuelle de la société mère ou de la société donneuse d'ordre qui viendra sanctionner un manquement au devoir de vigilance et l'obligera à réparer les préjudices que l'exécution de ces obligations auraient permis d'éviter[466].

79. Les manifestations du devoir de réaction dans le devoir de vigilance des fournisseurs d'hébergement – Le devoir de réaction des fournisseurs d'hébergement est, somme toute, assez récent et pourrait un jour devenir plus vigoureux à l'heure de l'intelligence artificielle et des réseaux sociaux. Pendant longtemps, le régime de responsabilité des hébergeurs était essentiellement jurisprudentiel : les juges ont bâti un régime de compromis. Sans admettre une irresponsabilité aveugle[467] ni tomber dans le piège d'une responsabilité automatique qui aurait nuit à la liberté d'expression[468], les juges ont considéré que le fournisseur d'hébergement ne pouvait être tenu responsable des contenus publiés sur les pages hébergées mais qu'il était tout de même tenu « à une obligation générale de prudence et de diligence[469]» lui imposant d'adopter des mesures de vigilances raisonnables et de réagir lorsque le contenu d'un site est manifestement illicite ou qu'il fait l'objet d'une plainte[470]. C'est en substance ce que le législateur a consacré dans l'article 6, I, 2 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 (LCEN) qui dispose qu'un fournisseur d'hébergement « ne peut pas voir sa responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces

---

[465] PORACCHIA D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », in BRIGNON B., GROSSI I. (dir), *Les nouvelles contraintes des sociétés*., art. préc., n°10, p.21.

[466] VINEY G., DANIS-FANTOME A., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », D.2017.1610.

[467] Crim., 17 novembre 1992, n°91-84.848, LPA 12 avril 1993, n°44, p.4 ; Versailles, 12e ch., 8 juin 2000, *Multimania prod. c/ L. Lacoste*, JCP E 2000.1856, n°5, obs. N. Mallet-Pujol : « il ne peut être reproché à la société, en tant qu'hébergeur grand public, de n'avoir pas procédé spontanément au contrôle du contenu du site litigieux qui a pu, en l'occurrence, légitimement lui reste inconnu (…) ».

[468] ARHAB F., « Les nouveaux territoires de la faute », Responsabilité civile et assurances n°6, juin 2003, 16.

[469] TGI Nanterre, 1ère ch. A., 8 décembre 1999, *L. Lacoste c/ Multimania* (Sté), D.2000, Somm. p. 274, obs. C. Caron.

[470] STOFFEL-MUNCK PH., « Quel régime de responsabilité pour les plates-formes de commerce électronique du Web 2.0 ? », CCC, 2008, n°1, p36 ; DELEBECQUE PH., JOURDAIN P., MAZEAUD D., « Responsabilité civile : panorama 2004 », D. 2005.185 : les auteurs constatent qu'un « devoir de réaction » était imposé par la jurisprudence à l'hébergeur et que ce dernier a été considérablement amenuisé par les textes législatifs qui ont suivi.

services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaitre ce caractère ». La loi ajoute que la responsabilité du fournisseur n'est pas engagée s'il a « agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible ». Un hébergeur est présumé avoir connaissance d'un contenu illicite dans deux hypothèses : lorsqu'il a reçu une notification l'information de l'illicéité d'un contenu (une interpellation qui concerne principalement les contrefaçons) et lorsque le contenu est manifestement illicite (pédophilie ou incitation à la haine raciale par exemple). Il s'agit de la première étape que prévoit la loi. La seconde consiste, pour l'hébergeur, à immédiatement mettre en demeure la personne à l'origine du contenu illicite en lui sommant de cesser l'illicite avant de supprimer promptement le contenu litigieux[471]. Depuis la promulgation de cette loi, de nombreux hébergeurs ont été condamné pour ne pas avoir retiré le contenu illicite ou, du moins, pas assez rapidement[472]. Le devoir de réaction imposé aux acteurs de l'internet est à l'image du réseau sur lequel ils opèrent : il doit être immédiat, instantané. Il a été ainsi reproché à un hébergeur de ne pas avoir retiré un contenu illicite le jour même de la réception de la notification[473]. Plus récemment, le législateur a étendu le régime de responsabilité des fournisseurs d'hébergement aux contenus contrefaisants partagés par leurs utilisateurs[474]. L'ordonnance n°2021-580 du 12 mai 2021, en transposant la directive 2019/790 (UE) du 17 avril 2019, a ajouté dans le code de la propriété intellectuelle l'article L.137-2 qui instaure une présomption de responsabilité à l'égard de l'hébergeur qui donne accès à une œuvre protégée par le droit d'auteur. Pour échapper à sa responsabilité au titre de la contrefaçon, l'hébergeur doit démontrer qu'il a fourni les meilleurs efforts pour obtenir l'autorisation du titulaire des droits[475] et garantir l'indisponibilité de certaines œuvres[476], mais surtout qu'il a « en tout état de cause, agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de son service[477] […] ». Notons enfin que, comme la plus plupart des devoirs de vigilance, des mesures propres à

---

[471] FÉRAL-SCHUHL Ch., *Cyberdroit 2020/2021*, 8e éd., Dalloz, 2020, n°615.33, p.1320.
[472] Voir par exemple, TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 11 juin 2010, *120 films a. c/ Dailymotion* : L'hébergeur Dailymotion avait été condamné pour « ne pas avoir accompli les diligences nécessaires en vue de retirer promptement et de rendre impossible une nouvelle mise en ligne du film signalé comme illicite. »
[473] TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, *M.K c/ Pierre G., Amen*, RLDI 2008/38, n01177, obs. J.-B. Auroux.
[474] MAXIMIN N., « Transposition de la directive Droit d'auteur et droits voisins dans le marché unique du numérique », Dalloz Act., mai 2021.
[475] Art. L.137-2, III, 1°, a, CPI
[476] Art. L.137-2, III, 1°, b, CPI
[477] Art. L.137-2, III, 1°, c, CPI

prévenir les risques lui sont imposée[478], mais qu'à la différence des autres devoir de vigilance, celui qui pèse sur les hébergeurs est essentiellement d'ordre réactif[479]. En effet, dans le domaine de l'Internet, les mesures préventives se concilient mal avec la liberté d'expression et le droit à l'information car elles imposeraient une surveillance de tous les instants et un filtrage préalable de tous les contenus[480]. En revanche, l'imposition d'un devoir de réaction à l'égard de l'hébergeur se présente comme le mécanisme idoine, un instrument efficace de régulation du cyberespace. C'est celui qu'a encore retenu la loi Avia[481] du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur les plateformes en imposant une obligation de réaction[482] aux opérateurs qui consiste à retirer promptement un contenu illicite dès lors qu'il a été porté à leur connaissance[483]. Venant s'ajouter aux mécanismes de plainte par notification, les instruments techniques actuellement développés permettent d'analyser les contenus présents sur leurs plateformes par empreintes numériques et de détecter les contenus illicites. Leurs algorithmes réduisent à ce point le temps de détection que la réactivité de l'hébergeur est quasi-instantanée. C'est là l'illustration de l'influence de la technique sur le droit : elle permet d'augmenter la responsabilité des hébergeurs en accroissant l'exigence de réactivité, sans pour autant porter atteinte aux droits fondamentaux des utilisateurs puisque « que l'utilisation des procédés de reconnaissance n'est pas un filtrage des contenus, puisqu'il ne s'agit que de la reconnaissance d'empreintes préétablies d'œuvres ou d'autres objets protégés et non d'une analyse du contenu lui-même, à la manière d'une censure[484]». Il est fort possible que le développement de tels instruments puisse venir un jour refondre le régime de responsabilité des hébergeurs en leur imposant une réactivité de principe. En effet, l'argument de l'infaisabilité technique[485], qui justifie le principe d'irresponsabilité de la

---

[478] L. n°2004-575, 21 juin 2004, art. 6, II.
[479] ARHAB F., « Les nouveaux territoires de la faute », art. préc.
[480] POULLAUD-DULIAN F., « Téléversement et responsabilité des prestataires de services de l'Internet : encore et toujours l'article 17 de la directive n°2019/790 », RTD com., 2021, p.77.
[481] Loi n°2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux modifiant la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
[482] DREYER E., « Présentation de la proposition de loi Avia », Légipresse 2020, p.13 ; GRANCHET A., « Réseaux sociaux, médias en ligne et partage de contenus : le temps de la responsabilité de la régulation », Légipresse 2020, p.93.
[483] Proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, AN, n°310, 9 juillet 2019 : La proposition de loi imposait un délai de réaction de vingt-quatre heures avant de l'abandonner. Seuls les contenus à caractère terroriste sont désormais concernés par ce délai extrêmement court.
[484] *Ibid*.
[485] SÉRIAUX A., *La faute du transporteur*, th. préc., n°44, p.35 : Pendant longtemps, aucune obligation de sécurité ne pesait sur le transporteur aérien dont le cocontractant était supposé avoir accepté les risques du transport. La Convention de Varsovie du 31 mai 1924 et la loi du 2 mars 1957 ont instauré une « faveur » à l'égard du transport aérien : contrairement aux autres moyens de locomotion, les transporteurs aériens étaient soumis à une obligation de sécurité de moyens. L'on retrouve les mêmes arguments à propos de

loi du 21 juin 2004 réside dans l'impossibilité technique d'analyser tous les contenus présents sur un site[486]. La forte demande d'une meilleure régulation et les évolutions techniques les plus récentes lui ont donné des rides.

80. Conclusion de la section – Si le devoir de réaction se manifeste principalement lorsqu'il conduit à déchoir son débiteur du droit qu'on lui reproche de ne pas avoir mis en œuvre, son absence de réaction peut tout à fait être source de responsabilité tant le devoir de réaction se contemple en fonction de l'intérêt d'autrui. Il se manifeste remarquablement, en droit commun, à travers le devoir de bonne foi où la responsabilité semble prendre le relai de la déchéance lorsque celle-ci est impossible ou n'a manifestement pas d'utilité, mais aussi toutes les fois qu'une exigence de coopération se traduit par davantage un devoir de réaction supposant de mettre en œuvre certaines prérogatives dès lors qu'elles permettent d'éviter aisément un préjudice au cocontractant. Au-delà de cette hypothèse assez classique, le devoir de réaction connaît de nouvelles manifestations à travers l'essor des obligations extérieures à la volonté des parties que certains contractants doivent respecter en vertu d'une obligation légale ou jurisprudentielle. Ainsi de l'obligation de sécurité en droit du travail ou des nombreuses formes que peut revêtir le devoir de diligence. Dans ces dernières hypothèses, le devoir de réaction accompagne l'obligation prescrite et permet de lui donner pleine efficacité. Le contractant, en vertu de la loi ou de la jurisprudence, est sommé d'assumer pleinement les conséquences de ses activités. À travers la vigilance et la sécurité, c'est finalement face à son propre manquement ou à celui d'une personne qu'il a sous sa surveillance que le contractant est sommé de réagir.

---

l'infaisabilité technologique que pour les hébergeurs de l'internet (n°45) ; la présomption de faute dont bénéficie les transporteurs aériens est toujours en vigueur aujourd'hui : v. en ce sens DELPECH X., « Responsabilité du transporteur aérien : il faut établir le lien de causalité », Note sous Civ. 1ère, 15 janv. 2014, n°11-21.394, D. Act., janv. 2014. – la maitrise technologique peut ainsi justifier l'obligation de résultat. Au contraire, lorsque celle-ci est incertaine et mal maitrisée, l'obligation de moyens est de mise. Le développement de logiciels, d'outils et algorithmes pouvant analyser en temps réel le contenu téléversé et téléchargé par les utilisateurs pourra un jour justifier l'imposition d'une obligation de résultat aux fournisseurs d'hébergement internet.

[486] FÉRAL-SCHUHL Ch., *Cyberdroit*, *op. cit.*, n°615-21, p. 1314.

CONCLUSION DU CHAPITRE

81. Conclusion du chapitre – Comme tous les devoirs contractuels, le devoir de réaction se manifeste d'abord à travers les sanctions qu'il induit[487]. Ces dernières sont de deux ordres : l'impossibilité pour le contractant de se prévaloir de son droit ou l'engagement de sa responsabilité. L'éventail de sanctions sur lequel il repose offre de nombreuses manifestations qui ne cessent de s'étendre au fil des ans et de se ramifier dans le droit des contrats. Le devoir de réaction n'est plus une norme comportementale anecdotique qui se cantonne au monde des affaires. Il s'agit d'un phénomène remarquable que l'on retrouve désormais dans toutes ses branches. En effet, s'il est apparu en droit commercial, notamment international, le devoir de réaction s'est étendu à d'autres contrats spéciaux avant de pénétrer le droit commun qui en contient aujourd'hui tous les instruments. Il se retrouve ensuite derrière les fonctions dites « sociales » du contrat, comme un outil de moralisation et de responsabilisation des contractants. Cet essor spectaculaire peut se comprendre, car le devoir de réaction est un outil d'efficacité redoutable : en accompagnant le contrat, il supprime les longueurs inutiles, coupe court aux comportements opportunistes et responsabilise son débiteur ; en accompagnant certaines obligations légales, il renforce son efficacité et permet une lutte plus efficace contre les objectifs fixée par elles. Au-delà de constater et légitimer son existence, l'étude a permis de révéler la diversité de ses manifestations tout en offrant des éléments pour procéder à une définition plus précise d'un comportement de même nature.

[487] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n°257, p.175.

CHAPITRE SECOND : L'UNICITÉ DU COMPORTEMENT SANCTIONNÉ

82. Induire une définition du devoir de réaction – Le domaine de l'extra-juridique, parce qu'il s'intéresse à la notion de réaction, offrent des clés de compréhension et de lecture pertinentes quant à la forme qu'elle doit prendre, la définition qu'elle peut revêtir et les finalités qu'elle suit. De telles sciences ont toutes leur propre conception de la réaction : la réaction physique, historique, politique, médicale, économique ou managériale correspondent à une réalité particulière[488] en se détachant, parfois très légèrement, du sens courant pour revêtir une coloration scientifique, autonome. L'élaboration du devoir de réaction suppose ainsi de circonscrire ce qu'est la réaction au sens juridique du terme[489] et d'esquisser une définition aussi précise que possible. Ne distingue-t-on pas généralement la bonne foi charitable de la bonne foi juridique[490] ? Tout comme l'on comprend aisément que la loyauté ou la coopération juridiques s'inspirent, découlent, mais ne se confondent pas complètement avec leur homonyme de sens courant ? Il en va ainsi de la réaction. Le passage en revue des manifestations du devoir de réaction a permis d'affiner ses contours, son contenu, d'exposer des situations précises et récurrentes desquelles il est possible d'extraire une définition. C'est l'ambition des sections qui vont suivre. Il s'agit de démontrer que derrière la diversité des manifestations du devoir de réaction se cache la sanction récurrente d'un seul et même type de comportement qu'il est possible de définir précisément. Que le devoir de réaction conduise à la déchéance ou à la responsabilité, qu'il soit imposé contractuellement ou légalement, de droit commun ou de droit spécial, le comportement sanctionné reste le même : seules ses modalités peuvent varier. Il s'agit en même temps de décrire avec précision la substance du devoir de réaction et d'esquisser, le plus exactement possible, le comportement attendu, de s'interroger sur ce que l'on attend du contractant débiteur d'un devoir de réaction. La définition doctrinale du devoir de réaction proposée par le Professeur Barbier, selon laquelle il s'agit d'une exigence de « tirer promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle

---

[488] V. *Supra*, n°3.
[489] *Ibid.*
[490] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°9 et s., p.15 et s.

illicite[491] », servira d'appui et d'axiome aux développements qui suivront avant de proposer une définition plus précise.

83. Une réaction est, avant tout, une réponse – L'égrainement des manifestations du devoir de réaction a laissé à apparaître que son premier trait distinctif réside dans l'exigence de répondre à une circonstance donnée. Le premier trait du verbe réagir, c'est avant tout la nécessité d'apporter une réponse à une action préalable. En langue anglaise, le verbe « réagir » se traduit par « *to react* » mais aussi par « *to respond*[492]». Une action extérieure se projette sur la personne qui va, en miroir, adopter un comportement qui consiste à répondre à cette dernière. Une définition proprement juridique du devoir de réaction implique de relever les spécificités que doit revêtir cette réponse : réagir face à quoi ? comment réagir ? avec quels moyens ? de quelle manière ? Pour répondre à ces interrogations, nous proposons d'articuler la définition du devoir de réaction autour de deux pôles, l'un ayant trait à la réaction appréhendée en tant qu'acte, l'autre à ses caractères. Ainsi, le devoir de réaction suppose d'apporter une réponse (**section première**) mais cette dernière ne saurait se suffire à elle-même puisqu'elle doit revêtir certains caractères, aussi le devoir de réaction se traduit-il par l'exigence d'apporter une réponse appropriée (**section seconde**).

---

[491] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », *art. préc*.
[492] LE ROBERT & COLLINS, *Dictionnaire français-anglais*, p.793.

Section première : Le devoir de réaction, exigence d'apporter une réponse

84. **Annonce** – Que le devoir de réaction consiste en l'exigence, pour le contractant, d'apporter une réponse suppose, dans un premier temps, de s'interroger sur l'évènement, la situation ou la circonstance qui déclenche le devoir de réaction. Ainsi, à la question de la condition du devoir de réaction, nous proposons d'avancer que celui-ci se déclenche lorsque l'ordre contractuel est perturbé (**paragraphe premier**). La condition du devoir de réaction doit être entendue comme l'élément déclencheur de la prescription d'une norme[493]. Ensuite, cette exigence d'apporter une réponse soulève la question, distincte, de savoir quel doit être le contenu de cette réponse. Pour y répondre, nous proposons, conformément aux observations faites dans les lignes qui précèdent, d'arrimer cette dernière à la mise en œuvre d'un droit subjectif (**paragraphe second**). Le contractant a ainsi le devoir, face à la perturbation de l'ordre contractuel, d'user correctement de ses droits subjectifs pour apporter une réponse sans laquelle il risque des sanctions.

Paragraphe premier : La condition du devoir de réaction : la perturbation de l'ordre contractuel

85. **Annonce** - Une définition proprement juridique de la réaction sous sa forme contraignante pose d'abord la question de connaître les éléments qui le déclenche. Les évènements de nature à déclencher le devoir de réaction du contractant doivent être regroupé sous un terme suffisamment large pour englober toutes les hypothèses rencontrées dans les lignes qui précèdent. Ainsi, le devoir de réaction est déclenché par la perturbation de l'ordre contractuel. Cette expression, empruntée aux écrits du Professeur Godé[494], permet d'imposer une réaction au contractant placé face à une situation dans laquelle la bonne exécution du contrat est menacée (**I**) ou suspendue à la réponse du titulaire d'un droit sommé de réagir (**II**).

---

[493] GRIMALDI C., « La distinction entre *champ d'application* et *conditions de mise en œuvre* d'une norme », D.2021, p.2099.
[494] GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977, n°248, p.165.

I. Une réponse face à un dysfonctionnement contractuel

86. Réagir face à un dysfonctionnement contractuel[495]– Le « dysfonctionnement contractuel » est un terme volontairement large et englobant. Il doit s'entendre comme tout ce qui est contraire à la bonne exécution du contrat. Ce dysfonctionnement face auquel le contractant doit réagir est de trois ordres : il peut s'agir d'une illicéité, d'une défaillance de l'autre partie à exécuter ses obligations ou d'une circonstance de nature à mettre en péril la bonne exécution du contrat. Le cocontractant ne doit pas nécessairement se trouver à l'origine du dysfonctionnement. Un tiers, ou le contractant lui-même peut en être à l'origine : dans le cadre de son obligation de sécurité par exemple, l'employeur doit très souvent réagir à sa propre défaillance à la respecter.

87. Réagir face à l'illicite – C'est ici l'hypothèse la plus courante du devoir de réaction. L'illicéité peut se définir comme le caractère de « ce qui est contraire à un texte ordonnant ou prohibant[496]». Le contractant est ici placé face à une situation illicite contre laquelle une prérogative contractuelle ou un droit dont il est titulaire lui permettent de réagir efficacement pour en annuler les effets néfastes. Le cocontractant va violer ici une norme de comportement qui dépasse la seule obligation contractuelle : c'est l'arbitre prévaricateur, le salarié harceleur, le client blanchisseur ou le sous-traitant peu scrupuleux des droits fondamentaux de ses salariés. Le contractant devra, alors, opérer une surveillance de ses propres intérêts ou de ceux d'autrui. Il aura alors le devoir d'user son droit subjectif substantiel lui permettant de contrer l'illicite sous peine d'être sanctionné. Les droits dont il dispose pour répondre sont variés : ce peut être le déclenchement d'une procédure de récusation de l'arbitre, la mise en œuvre d'une sanction disciplinaire, une mise en demeure ou une injonction, une prérogative de modification unilatérale du contrat ou, plus simplement, une sanction de l'inexécution. La sanction dépendra finalement de l'intérêt qu'est supposé protéger le droit mis en berne[497], tandis que le comportement sanctionné reste le même : l'absence de réaction dans le jeu de ses droits et prérogatives.

---

[495] Il s'agit, pour plusieurs auteurs, de la condition de mise en œuvre du devoir de réaction : BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. *préc.* ; *adde* LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* n°3124-180, p.1374.
[496] CORNU G. (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° *illicite*.
[497] V. *Infra*, n°237.

88. Réagir face à la défaillance du cocontractant – La défaillance du cocontractant est une forme plus particulière d'illicéité : précisément, face à la violation des obligations légalement convenues par les parties, le créancier a parfois le devoir de réagir promptement. Cette réaction exigée face à la défaillance du cocontractant est moins systématique : elle ne s'applique qu'à certaines formes d'inexécution ou seulement dans certains contrats spéciaux. Ce peut être, tout d'abord, l'hypothèse d'une inexécution contractuelle : c'est la situation classique du contractant qui voit sa clause résolutoire paralysée pour avoir trop tardé à la mettre en œuvre. D'autres sanctions de l'inexécution portent en elles une exigence de rapidité : le remplacement doit être mis en œuvre dans un délai raisonnable[498], la réduction du prix dans « les meilleurs délais[499]». Ce pourra être ensuite un jour l'hypothèse du contractant qui n'a pris aucune mesure pour limiter son dommage causé par l'inexécution dont il est victime. C'est encore l'acheteur qui s'abstient de se prévaloir de son droit à contester un défaut de la marchandise ou le créancier qui ne prête pas attention aux éventuelles sûretés qui pourront constituer un recours subrogatoire à la caution, ou qui s'abstient d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal. Enfin, ce peut être l'hypothèse d'une défaillance anticipée. L'exception d'inexécution anticipée doit alors être mise en œuvre dans un délai raisonnable[500] dès lors qu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas. Elle pourrait, à l'instar de l'exception d'inexécution classique et des mécanismes de résolution, servir un jour de support au créancier tenu à une obligation de minimiser le dommage.

89. Réagir face aux circonstances pouvant mettre en péril la bonne exécution du contrat – La dernière hypothèse est la moins courante. C'est celle dans laquelle un contractant a les moyens de réagir face à des circonstances de nature à rendre plus difficile l'exécution du contrat, mais ne réagit pas, laissant ainsi l'évènement ou la circonstance causer un dommage à autrui. L'évènement ou la circonstance ne sont pas, en eux-mêmes, illicites mais causent un dysfonctionnement au contrat. Pour que le contractant soit sanctionné sur le fondement du devoir de réaction, l'hypothèse est celle dans laquelle le contractant peut réagir mais ne réagit pas. Il n'utilise pas la prérogative ou le droit que lui confère le contrat pour éviter de causer un dommage à autrui. Il est tout

[498] Art. 1222, C. civ.
[499] Art. 1223, C. civ.
[500] Art. 1220, C. civ.

à fait possible d'avancer que si l'on retrouvera davantage cette hypothèse dans les contrats où la coopération est de mise, sa présence est tout à fait possible dans un contrat plus classique. Ainsi des hypothèses encadrées par l'imprévision, les situations où la dette du débiteur s'aggrave[501] ou le transporteur maritime qui n'avait pas usé de sa prérogative contractuelle lui permettant de changer de port face à une grève dans le port de destination[502].

II. Une réponse face à une interpellation contractuelle

90. La remise en ordre d'une situation juridique perturbée par l'interpellation contractuelle – La deuxième catégorie d'évènement faisant peser un devoir de réaction sur le contractant ne saurait, à proprement parler, être considérée comme des dysfonctionnements. Ici, il s'agit moins pour le contractant de contrer l'illicite que d'apporter une réponse à ce que l'on pourrait appeler une interpellation contractuelle. Une interpellation contractuelle peut se définir comme tout moyen légal ou procédural par lequel un contractant enjoint l'autre partie de fournir une réponse juridique dont dépend la bonne exécution du contrat[503]. Pour constituer une condition de déclenchement du devoir de réaction, une telle interpellation contractuelle doit avoir pour objet « la remise en ordre d'une situation juridique perturbée[504]». Cette interpellation intervient en contemplation de ladite perturbation et peut revêtir diverses formes : injonction, lettre recommandée avec avis de réception, déclaration, notification[505], mise en demeure[506] ou encore action interrogatoire[507]. Ces interpellations font partie intégrante d'une volonté de

---

[501] V. *Infra*, n°170.
[502] Cass. com., 13 décembre 2016, n°14-20804.
[503] LIBCHABER R., « Rôle effectif et concevable de la mise en demeure », note sous Cass. 1ère civ., 20 janvier 2021, n°19-20680, RDC 2, juin 2021, p.36, spéc. note n°1, p.36 : l'auteur met en parallèle la mise en demeure et l'interpellation qu'il définit comme « une adresse à personne dénommée, avec demande d'explication ». Par ailleurs, il explique qu'un tel mot pourrait susciter l'intérêt de la linguistique juridique : « Il a été constamment utilisé depuis la redécouverte du droit romain, dans un sens qui n'était pas tout à fait son sens d'origine. En latin classique, l'interpellation désigne d'abord une interruption […]. »
[504] GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, th. préc., n°248, p.165.
[505] CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des contrats*, 2e éd., Dalloz, 2018, n°42.111, p.285 : l'auteur affirme que la notification doit s'entendre comme une « interpellation du débiteur ». La notification s'inscrit dans le cadre plus large de l'interpellation contractuelle.
[506] Art. 1344, C. Civ. : le texte prévoit qu'un débiteur peut être mis en demeure par « un acte portant interpellation suffisante. »
[507] BRUN PH., « L'avant-contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p.200 : l'auteur utilise le terme « d'interpellation contractuelle » à propos des actions interrogatoires.

passer d'une sécurité juridique passive à une sécurité juridique dynamique[508], dont les manifestations se diversifient de plus en plus, et qui obligent les parties à passer à l'action pour préserver non seulement l'efficacité contractuelle mais également la jouissance de leurs droits.

91. Origine de la perturbation précédant l'interpellation – Cette perturbation peut d'abord être d'ordre économique. Par exemple, la situation économique d'une entreprise peut pousser l'employeur à proposer une modification du contrat de travail à l'employeur et les conjonctures du marché pourront décider la plateforme à proposer une modification des conditions générales à l'utilisateur. Ils interpelleront alors le salarié ou l'utilisateur pour proposer une modification qui, en l'absence de réaction du destinataire, sera entérinée. La perturbation est, le plus souvent, d'ordre juridique. C'est, par exemple, lorsque l'aléa conditionnant la garantie de l'assureur vient de se réaliser, obligeant l'assuré à déclarer promptement son sinistre. Cette perturbation peut également se fonder sur un doute : les actions interrogatoires permettent ainsi de le lever à la suite d'une interpellation contractuelle à propos d'une nullité relative ou de la réalité d'un pouvoir. Cette perturbation peut enfin faire suite à l'immixtion d'un tiers qui vient convoiter l'objet de la relation contractuelle initiale : c'est par exemple le cas de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence qui somme le bénéficiaire de prendre position ou les associés notifiés d'une vente de part sociale à un tiers et forcés à donner ou non leur agrément. Dans tous les cas, ces interpellations contractuelles doivent avoir lieu en cours d'exécution du contrat et ont pour objet sa bonne exécution pour faire peser à leur destinataire un devoir de réaction. Le dysfonctionnement n'est ici qu'hypothétique. L'interpellation contractuelle intervient en contemplation de l'efficacité du contrat : par exemple, derrière l'interpellation du coassocié pour obtenir son agrément se cache la perfection de la cession de parts sociales ; ou encore la déclaration de sinistre de l'assuré doit intervenir promptement dans le but de faire produire ses effets au contrat d'assurance. Dans le dysfonctionnement comme dans la perturbation, le devoir de réaction est intimement lié à l'efficacité du contrat et de la loi.

---

[508] DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit*., p.72.

Paragraphe second : Le contenu de la réaction : la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif

92. Les observations des manifestations du devoir de réaction rendent possible la limitation de sa définition – Ériger une définition du devoir de réaction suppose de bien délimiter le contenu du devoir de réaction. Le droit n'étant qu'une succession d'actions et de réactions, il est difficile de distinguer ce qui relève de la réaction au sens juridique du terme de ce qui n'est qu'une réaction matérielle ou factuelle. Qu'elles soient issues du devoir général de bonne foi, d'une clause contractuelle ou d'un texte de loi, les hypothèses dans lesquelles il est exigé d'un contractant qu'il adopte un comportement dynamique quant à l'exécution de ses obligations sont trop nombreuses pour en esquisser un régime à l'aune du devoir de réaction. En effet, à tout prendre, mille exemples illustreraient l'inertie coupable d'un contractant[509]. Excessivement large, un tel postulat conduirait à assimiler le devoir de réaction au devoir d'exécuter ses obligations, ou au devoir général de diligence. Tout contractant soumis par le contrat ou la loi à une action positive entrerait ainsi dans le giron du devoir de réaction. Nombreux seraient les concernés. Du dirigeant qui se serait abstenu de souscrire une assurance pourtant obligatoire[510] au contractant qui n'aurait pas fourni une information déterminante pour le consentement de son partenaire[511] en passant par l'employeur qui abandonnerait sa domestique au moment de l'invasion allemande sans la prendre dans son automobile[512]. Sémantiquement, l'assertion n'est pas fausse : tous ces contractants auraient dû réagir. Scientifiquement, elles conduiraient à considérablement étendre le champ d'application d'un devoir qui, pour être autonome et intelligible, gagnerait à être circonscrit : le peut-il ? Le passage en revue de ses manifestations a mis en lumière la récurrence de la sanction d'un comportement fautif, et permet d'affiner précisément ce qu'est et ce que n'est pas l'objet du devoir de réaction. Dans la plupart des cas, nous avons pu constater qu'un contractant se trouve dans l'impossibilité de se prévaloir d'un droit en raison de son inertie à en avoir fait usage en temps utile. Le devoir de réaction semble

---

[509] CÉLICE B., *Théorie générale des réserves et du non-vouloir*, Paris, 1965, n°126 : l'inaction, sous toute ses formes, peut concerner le silence, la paresse, l'inertie ; TRANIER-LAGARRIGUE J., *L'inertie en droit privé*, Thèse, dactyl. Toulouse, 2002 : n°16, p.10 : l'auteur définit l'inertie comme « l'omission volontaire de la diligence nécessaire ».
[510] COURET A., « Le défaut de souscription d'une assurance obligatoire constitue une faute séparable des fonctions de dirigeant », note sous com. 28 septembre 2010, n°09-66.255., BJS, n°12, p.976.
[511] C. Civ., art. 1112-1.
[512] Paris, 2 janv. 1919, DP. 1920.2.128.

donc intimement lié au droit subjectif du contractant, auquel le comportement réactif s'agrège. La première conclusion que l'on peut tirer des observations du droit vivant montre que le devoir de réaction concerne principalement la relation du titulaire (le contractant) avec l'usage de ses droits et prérogatives. Il doit adopter un comportement dynamique dans l'usage de son droit, pour finalement en jouir. Par conséquent, la réaction juridique correspondrait alors à la réaction qui entoure les droits subjectifs de son titulaire. Lorsque l'on analyse les illustrations du devoir de réaction conduisant à l'engagement de la responsabilité civile du contractant, l'on constate, de la même manière, qu'un contractant est sanctionné pour avoir tardé à user d'un droit ou d'une prérogative : l'employeur qui ne se sert point de ses prérogatives de sanctions disciplinaires, la personne morale qui ne résout pas immédiatement un contrat avec un partenaire peu soucieux des droits humains ou encore le transporteur maritime placé face à l'imprévu qui n'utilise pas ses prérogatives pour modifier unilatéralement le contrat. Là encore, la réaction juridique semble concerner principalement l'usage des droits subjectifs. En arrimant le devoir de réaction à la réaction juridique, c'est-à-dire à la réaction *par le droit*, il devient possible de circonscrire strictement et clairement le devoir de réaction. Reste qu'une même source peut donner lieu à une réaction au sens juridique du terme, comme au sens courant. Par exemple, le débiteur de l'obligation de minimiser le dommage peut se voir reprocher de ne pas s'être prévalu d'un droit (résolution unilatérale, par exemple – qui correspondrait à un devoir de réaction) comme d'un acte extrajudiciaire quelconque (ne pas s'être servi d'un extincteur – qui correspondrait à un devoir général de diligence). Le devoir de réaction s'infiltre donc dans de nombreuses situations et s'accroche à l'exercice des droits subjectifs du contractant. Ainsi, la circonscription du devoir de réaction aux droits subjectifs du contractant est satisfaisante sur le plan scientifique et théorique. Scientifiquement, il correspond aux observations menées dans la partie précédente ; dans l'élaboration de la théorie du devoir de réaction ensuite, il permet d'offrir une définition limitative permettant de l'identifier plus aisément. Elle conduirait, toutefois, à se détacher de certains exemples que l'on est conduit à relâcher dans le sens courant du mot réaction. Ces derniers restent toutefois pertinents puisqu'ils permettront d'adopter un raisonnement par analogie : si un contractant est tenu, par exemple, à une obligation de sécurité lui imposant parfois des actes extrajudiciaires, il peut être tenu, en vertu de cette même obligation, à un devoir de réaction dans l'exercice de ses droits subjectifs. Pour conclure, n'est soumis à un devoir de réaction que le contractant à qui l'on a reproché de ne pas avoir, ou d'avoir mal mis en œuvre un droit subjectif qu'il tient

du contrat ou de la loi ; un tel devoir constituerait une limite à la théorie des droits subjectifs qui repose sur la liberté d'exercice[513].

93. Le devoir de réaction se rattache, de manière générale, à l'exercice d'un droit subjectif – En tant que phénomène, la réaction doit être rattachée une conception juridique de celle-ci pour pouvoir être reconnue et distinguée en tant que devoir juridique autonome. Le passage en revue de ses manifestations laisse apparaître une liaison manifeste entre le droit subjectif dont est titulaire le débiteur du devoir de réaction et la réaction à proprement parler. Les droits subjectifs peuvent se définir comme des « droits, reconnus par le droit objectif, appartenant à une personne[514] ». Les droits subjectifs ont fait l'objet de nombreuses théories allant de leur négation pure et simple à des conceptions hégémoniques en passant par des classifications plus restreintes et techniques[515]. Parmi les plus célèbres et, peut-être, les plus satisfaisantes, celle de Dabin, dans sa célèbre théorie des droits subjectifs, fait reposer ces derniers sur deux concepts complémentaires, l'appartenance-maîtrise. L'appartenance désigne la relation entre l'objet du droit et son titulaire. De cette dernière découle la maîtrise, qui est son corollaire. Cette maîtrise correspond au pouvoir du titulaire de disposer de son bien en lui offrant la faculté « d'agir en maître sur la chose qui fait l'objet de son droit[516]». Cette grande liberté attachée au droit subjectif, ce « domaine réservé[517]», donne à son titulaire non seulement la possibilité d'agir, mais aussi de choisir entre l'action et l'abstention pure[518]. Pour deux auteurs, la liberté d'usage caractérise en effet le droit subjectif : la faculté de choix leur est inhérente[519]. Sous les mêmes plumes : « toujours, l'option existe entre l'exercice et le non-exercice du droit[520]». Plus encore, « le contenu du droit est liberté pour son titulaire[521]». Naturellement, le droit subjectif n'est pas hégémonique et est susceptible d'être limité par des normes du droit objectif. La particularité du devoir de réaction

---

[513] ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit*., p.151.
[514] CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° subjectif
[515] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, *op. cit*., n°272 et s., p.211.
[516] DABIN J., *Le droit subjectif*, préf. Ch. Atias, Dalloz, 2007, p.9.
[517] *Ibid*., p.5.
[518] *Ibid*., p.1.
[519] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, *op. cit*., n°272 et s., p.211 ; v. également en ce sens : POUSSON A., « Le non-exercice fautif d'un droit subjectif », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.564 : reprenant les thèses de Dabin, l'auteur explique que « le titulaire du droit subjectif est libre de son exercice, il peut en user à sa guise, il peut aussi ne pas l'exercer, rien ni personne ne peut l'y contraindre ».
[520] *Ibid.*
[521] *Ibid.*

reposerait ainsi sur l'exigence faite au contractant de se prévaloir d'un droit subjectif dont il a pourtant, théoriquement, le choix de ne pas mettre en œuvre. Le devoir de réaction doit ainsi s'apprécier comme une norme comportementale source de limitation des droits subjectifs du contractant. L'analyse peut toutefois être affinée puisque les manifestations du devoir de réaction laissent apparaître que la réaction est, le plus souvent[522], exigée sous la forme particulière de droit subjectif qu'est la prérogative contractuelle.

94. Le devoir de réaction se rattache, plus précisément, l'exercice d'une prérogative – Une autre théorie des droits subjectifs, celle du doyen Roubier, propose une vision plus restrictive de cette notion, jugée trop large et ambiguë. Le droit objectif et les droits subjectifs seraient, en réalité, imbriqués et entremêlés dans des *situations juridiques* qu'il est possible de diviser en deux catégories : « dans les unes, l'élément de la prérogative et de l'avantage pour le titulaire de la situation apparait au premier plan : ce sont les *situations juridiques subjectives*, c'est-à-dire celles qui tendent à créer principalement des droits plutôt que des devoirs. Dans les autres, l'élément du devoir, de la charge est prédominant : ce sont les *situations juridiques objectives*, c'est-à-dire celles qui tendent à reconnaître des devoirs plutôt que des droits[523]». Toute situation juridique offrirait ainsi des prérogatives aux titulaires, elles-mêmes contrebalancées par des charges imposées par le droit objectif et destinées à rétablir l'équilibre : « si le titulaire du droit de créance paraît avoir entre les mains un avantage net de toute obligation », il est pourtant soumis « au devoir général imposé aux titulaires de droits subjectifs de n'en pas faire un usage abusif[524] ». Ces limites à la liberté hégémonique, « absolutiste[525]» traditionnellement attachée au droit subjectif se retrouvent souvent sous le vocable de l'abus de droit[526] lorsqu'un droit n'est pas exercé conformément à sa finalité sociale[527]. Dans le contrat, l'ensemble des prérogatives trouve ses principales limites dans

---

[522] Certaines manifestations du devoir de réaction touchent directement au droit subjectif et non à ses prérogatives, souvent décrites comme ses accessoires : le fait, par exemple, pour le bénéficiaire d'un pacte de préférence, de ne pas répondre à une action interrogatoire entrainera la déchéance de son droit de préemption (v. *Supra*, n°59) ; autre exemple, le fait pour une caution, soumise à une clause d'information du créancier sous peine de forclusion, de rester inactive entrainera la déchéance de sa créance (v. *Infra* n°252 et s.).
[523] ROUBIER P., *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p.3, p.54.
[524] ROUBIER P., « Les prérogatives juridiques », APD, 1960, p.128.
[525] JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français, II, Théorie générale des obligations*, 3e éd., Sirey, 1939, n°428, p.246.
[526] MALAURIE PH., MORVAN P., *Introduction au droit*, *op. cit*., n°49, p.37.
[527] JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français, II, Théorie générale des obligations*, *op. cit*., 1939, n°428, p.246

l'exigence générale de bonne foi[528]. Par ailleurs, la finalité sociale dont ne saurait se départir le droit subjectif explique également que ce dernier ne puisse être « totalement étranger à la recherche de l'intérêt général ou, si l'on préfère, du bien commun[529]» et reconnaître qu'il y a « un élément de devoir social dans tout droit subjectif[530]». Cette fonction sociale des droits permet de comprendre l'essor des obligations non-voulues par les parties mais qui poursuivent une finalité d'intérêt général pouvant justifier l'exigence de certains comportements aux contractants. En toute hypothèse, le devoir traduit alors l'un des éléments de droit objectif recoupant l'exercice des prérogatives en matière contractuelle. Le devoir de réaction est celui permettant de sanctionner leur non-usage en temps utile.

95. La prérogative contractuelle, objet du devoir de réaction - Les prérogatives peuvent se définir comme un terme générique englobant les attributs d'un droit subjectif regroupant ainsi tout pouvoir de droit, tout faculté d'agir fondée en droit[531]. Ce sont elles qui constituent, le plus souvent, l'objet du devoir de réaction. L'écrasante majorité des manifestations du devoir de réaction concernent ainsi des contractants à qui l'on a reproché de ne pas avoir mis en œuvre une prérogative tenue de la loi ou du contrat. La partie à l'arbitrage tenue d'opposer son droit de récusation face à l'irrégularité de constitution d'un tribunal arbitral, l'employeur qui n'use pas de ses facultés de modification unilatérale du contrat de travail ou de licenciement pour réagir face à un cas de harcèlement dans l'entreprise ou le contractant qui n'userait pas d'une clause qui aurait permis à son cocontractant de ne pas subir un préjudice reposent tous sur le devoir d'user un droit subjectif, et plus particulièrement une prérogative. Ces dernières, comme tout droit subjectif, appartiennent à leur titulaire et leur exercice est libre, ils correspondent théoriquement à des pouvoirs unilatéraux et potestatifs[532]. Leur non-usage peut, toutefois,

---

[528] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°114, p.104 : « L'abus fréquemment stigmatisé sous les dehors d'une violation de l'article 1134 n'est donc qu'une faute contre différents devoirs d'inspiration morale. Ceux-ci pèsent, de manière variable, sur l'exécution du contrat et en particulier dans l'exercice d'un droit » ; v. également en ce sens : AYNÈS L., « Bonne foi », EDC, 1er oct. 2007, n°4, p.1107 ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n°405, p.318.

[529] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, *op. cit.*, n°283, p.220.

[530] *Ibid. : citant :* COULOMBEL P., *Introduction à l'étude du droit et du droit civil*, LGDJ, 1969, p.154.

[531] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° prérogative.

[532] ROCHFELD J., « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, n°202, p.846-851. ; pour l'essor des prérogatives unilatérales suite à la réforme du droit des contrats : HOUTCIEFF D., « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », in *Les nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant*, RDC 2018, n°03, p.505

faire l'objet d'une sanction. En effet, la liberté d'exercice des prérogatives contractuelles doit se faire non seulement dans le respect des règles relatives à la bonne foi[533] mais également des exigences légales ou contractuelles imposant parfois un délai d'exercice plus court[534].

96. Le devoir de réaction se rattache enfin à l'exercice approprié d'un droit subjectif, signifiant qu'il rayonne sur les charges accolées à celui-ci – Que le droit subjectif, objet du devoir de réaction, doive être mis en œuvre de manière appropriée signifie plusieurs choses. Nous le verrons, cela peut servir à démontrer que le devoir de réaction doit être mis en œuvre avec mesure et respecter les exigences formelles qui lui sont parfois accolées[535]. Cela signifie, plus généralement, que le devoir de réaction peut consister en une contrainte comportementale imposant l'exercice pur et simple d'un droit subjectif. C'est l'hypothèse de l'employeur ayant l'obligation de sanctionner son salarié harceleur, de la partie à l'arbitrage qui se prévaut d'une irrégularité de constitution du tribunal arbitral ou du transporteur maritime qui exerce sa prérogative de modification unilatérale du contrat face à des circonstances perturbatrices. Toutefois, l'imposition pure et simple d'un droit subjectif n'englobe pas suffisamment les manifestations du devoir de réaction décrites dans les lignes qui précèdent. C'est la raison pour laquelle la mise en œuvre appropriée d'un droit subjective signifie que le devoir de réaction est une contrainte comportementale encadrant l'exercice d'un droit subjectif. Dans cette situation, le devoir de réaction n'impose pas directement de se prévaloir d'un droit subjectif mais d'adopter un comportement spécifique en vue de l'exercice dudit droit. C'est ce que Roubier appelait des « charges[536]», pour les distinguer du devoir. Certaines charges nécessaires à la mise en œuvre d'un droit subjectif consistent parfois en l'adoption d'un comportement réactif. Le devoir de réaction englobe ainsi la contrainte comportementale qui non seulement *impose* la mise en œuvre du droit subjectif, mais aussi celle qui *contribue* à sa bonne jouissance. Un tel comportement se retrouve dans les

---

[533] MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°344 et s., p.380 et s. ; *adde* : Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff.

[534] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°490, p.670 : L'auteur soutient que chaque prérogative dispose d'une fonction propre dans le contrat et qu'un contrôle peut être opéré par l'adéquation de l'exercice du droit à sa raison d'être ; certaines prérogatives, comme nous le verrons, peuvent avoir une finalité de rapidité comme l'exception d'inexécution anticipée. D'une manière générale, les prérogatives sont des moyens de réaction.

[535] V. *Infra*, n°325 et s.

[536] V. *Supra*, n°94.

contrats d'assurances, où l'assureur a l'obligation d'informé l'assuré diligent de l'écoulement de la prescription pour finalement en bénéficier, au bénéficiaire d'un pacte de préférence dont le droit de préemption dépend de sa réponse dans un délai raisonnable à l'action interrogatoire d'un tiers ou encore le créancier, tenu d'informer la caution, sous peine d'être déchu de sa créance. Les multiples manifestations du devoir de réaction laissent ainsi apparaitre qu'il se définit par l'exigence faite au contractant de faire preuve de réactivité dans la mise en œuvre de ses droits, cela concerne à la fois le droit subjectif per se, mais aussi les différentes exigences comportementales qui entourent son exercice.

97. Rattacher le devoir de réaction à l'exercice d'un droit subjectif le détache, en revanche, du devoir général de diligence – Les conséquences théoriques de la circonscription du devoir de réaction à l'usage des droits subjectifs permet d'éclaircir la distinction entre la réaction de la diligence, et ainsi de s'éloigner des hypothèses dans lesquelles il est reproché à un contractant de « ne pas avoir réagi » en s'abstenant d'adopter tel ou tel comportement, d'effectuer tel ou tel acte. Réagir, au sens large, peut signifier l'adoption d'un comportement, le ressenti d'une émotion ou l'accomplissement d'une action. De manière général, il s'agit de toute réponse physique ou psychique d'un individu[537]. Le contractant qui fournirait une information à son cocontractant met en œuvre un acte matériel pour satisfaire le droit subjectif d'autrui, en l'occurrence son droit à l'information, et exécuter son obligation légale, celle de l'article 1112-1 du Code civil. Il réagit au sens général du terme et accompli ce que l'on pourrait ranger sous le terme de devoir général de diligence[538]. Toutefois, la réaction juridique suppose la coloration juridique de la réaction, la réaction *par* le droit, et ne concerne ainsi que la réaction *via* la mise en œuvre d'un droit subjectif ou de ce qui entoure sa bonne jouissance. Le devoir de réaction se présente ainsi comme une forme de devoir de

---

[537] V. *Supra*, n°2.

[538] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., n°584, p.315 : « Certes la diligence est en soi susceptible de nombreux degrés. Elle varie selon que le contractant est débiteur d'une obligation de moyens (ordinaire ou renforcée), d'une obligation de résultat (ordinaire, allégée ou aggravée), ou d'une obligation de garantie. Mais, quelle que soit son intensité, au fond, la diligence n'est jamais rien d'autre qu'un comportement efficace au service de l'obligation. Or, c'est justement sur ce bon comportement exécutoire que la jurisprudence fait peser de nouvelles attentes […] Mais, dans cette multiplication des obligations, les tribunaux n'oublient pas d'énoncer des règles plus directement relatives au comportement matériel du professionnel, à l'attitude qu'il doit concrètement mettre en œuvre pour exécuter ses obligations, à son efficacité. Celles-ci pourraient être certainement rattachées à l'idéal de bonne foi, à l'instar de la promptitude avec laquelle le contractant doit se comportement et de la persévérance que l'on attend de lui. »

diligence[539], une gradation de celui-ci sous la forme particulière qu'est la réaction juridique. Le devoir de réaction est ainsi nécessairement l'exigence fait au contractant de mettre en œuvre, en temps utile, un droit subjectif, malgré la liberté de principe de son usage, dès lors qu'il est susceptible de causer un préjudice à autrui.

[539] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.

Section seconde : Le devoir de réaction, exigence d'apporter une réponse conforme

98. Annonce – Le devoir de réaction suppose, pour le contractant, d'apporter une réponse face à la perturbation de l'ordre contractuel. Cette réponse doit consister en la mise en œuvre d'un droit subjectif destinée à remettre en ordre cette perturbation. Ces éléments de réponse sont, toutefois, insuffisants. En effet, la réaction du contractant ne saurait se suffire à elle-même et doit revêtir certains caractères. Tout d'abord, la réaction doit avoir lieu en temps utile. En effet, le devoir de réaction est éminemment temporel : il s'apprécie à l'aune du temps pris par le contractant pour réagir. Un tel critère est fondamental puisque c'est celui qui va permettre d'apprécier le respect, ou non, de la norme comportemental (**paragraphe premier**). Ensuite, la réaction du contractant doit parfois obéir à une procédure bien définie par la loi ou le contrat sans le respect de laquelle sa mauvaise réaction équivaudra à une absence de réaction. Il s'agit là du critère formel du devoir de réaction (**paragraphe second**) lequel impose au contractant un devoir de bonne réaction. Ces deux critères ne sont pas cumulatifs : parfois, une réaction est exigée sans plus de détail[540]. Toutefois, nous verrons dans la suite de l'étude[541] que coupler le critère temporel du devoir de réaction avec un critère matériel peut non seulement renforcer son efficacité, mais également éviter les abus.

Paragraphe premier : Le critère principal du devoir de réaction : le temps

99. Le rattachement du devoir de réaction à un critère temporel – Le temps est le critère invariable et fondamental de l'appréciation du devoir de réaction. Il se retrouve dans chacune de ses manifestations et s'apprécie en contemplation du délai de réaction du contractant. Contrairement à ce que pourrait laisser penser l'intuition, la réaction n'a de connotation de vitesse qu'en contemplation du laps de temps auquel elle est adossée. Naturellement, la conjoncture dans laquelle évolue le devoir de réaction, celle de l'accélération sociale généralisée[542], fait que les délais de réaction sont, le plus souvent, brefs et rapides. L'imaginaire d'immédiateté, d'instantanéité qu'inspire le mot « réaction » est également due à sa définition scientifique. Qu'elle soit longue, prompte

---

[540] Par exemple, le devoir de réaction de la partie à l'arbitrage de l'article 1466 du code de procédure civile ou l'exigence faite au transporteur maritime d'user de sa faculté de modification unilatérale du contrat pour empêcher que la marchandise ne périsse.
[541] V. *Infra*, n°143 et s.
[542] V. *Supra*, n°5.

ou lente ne dépend, en réalité, que de la plage temporelle pendant laquelle elle est exigée. Le devoir de réaction reste, toutefois, un symptôme de l'accélération du rythme juridique et ce, pour deux raisons : d'abord, parce que les laps de temps sont de plus en plus courts ; ensuite, la réactivité prend du relief parce que de plus en plus de droits sont précarisés par ses effets. C'est la raison pour laquelle le temps est au cœur du devoir de réaction. Nous avons vu, en effet, que le devoir de réaction suppose une action : la réponse. Mais celle-ci ne suffit pas : encore faut-il qu'elle arrive à point. C'est le temps écoulé pendant lequel le contractant s'est abstenu de réagir qui va causer le préjudice ou paralyser le droit du contractant. Le critère sur lequel repose le devoir de réaction est donc le délai dans lequel il est enserré. C'est dans ce dernier que se cristallise le « temps utile ». Il peut être adossé à un délai prévu par la loi ou le contrat (**I**) ou découler d'un délai implicite, inhérent à son appréciation (**II**).

I. Le devoir de réaction adossé à un délai prévu par la loi ou le contrat

100. Les différents caractères du délai adossé au devoir de réaction : Un délai peut être défini comme « un espace de temps au cours ou à l'expiration duquel est affecté un effet de droit[543]». Les délais imposant un devoir de réaction peuvent être de plusieurs natures. Il peut être d'abord être imposé et fixé par la loi ou le contrat. C'est l'hypothèse qui appelle le moins de remarque : le temps pendant lequel le contractant doit réagir est fixé et apprécié objectivement. C'est, par exemple, le délai de deux ans qu'offre la CVIM à l'acheteur pour dénoncer un défaut de la marchandise, les deux mois contractualisés par les parties à l'arbitrage pour se prévaloir d'une irrégularité de constitution ou les sept jours dont dispose le donneur d'ordre pour enjoindre à l'employeur de respecter ses obligations. La violation du devoir de réaction repose ici sur le simple non-respect du délai. Aussi aveugles que sécurisants, les délais préfix se distinguent des délais adossés à un standard juridique.

101. Le délai peut être expressément adossé à un standard – La plupart des délais qui sont à l'origine d'un devoir de réaction sont adossés à un standard temporel qui révèle l'intensité de la réaction dont doit faire preuve le contractant. Les standards juridiques viennent alors se substituer à une définition nécessaire et suffisante

[543] ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., « Délai », *in Dictionnaire du contrat*, Coll. Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018, p.455.

à la qualification d'un objet[544] en laissant au juge le soin d'en apprécier le respect à la lumière d'une norme de comportement abstraite, accroissant par là même ses pouvoirs[545]. C'est du délai que le devoir de réaction tire sa force mais c'est du standard qu'il tire son intensité : la grande diversité des standards temporels décélèrent ou accélèrent la réactivité due par le contractant. Retraçons la variabilité de son contenu. Le standard le plus célèbre[546] pour sa souplesse, est celui du raisonnable. Il permet d'apprécier un comportement en référence à un type de contractant moyen et de s'adapter aux métamorphoses du droit en raison des évolutions et considérations sociales d'une époque donnée[547]. Son essor extra-judiciaire n'est plus à démontrer tant les manifestations du « délai raisonnable » s'observent dans toutes les branches du droit et plus particulièrement dans les règles issues de la réforme du droit des contrats[548]. Sous peine de déchéance ou de responsabilité, le contractant a le devoir de réagir dans un délai raisonnable. Ensuite, très proche du raisonnable, le standard du « temps utile » peut-être à l'origine d'un devoir de réaction. Celui-ci s'observe davantage en droit judiciaire[549] que dans les procédures extra-judiciaires. L'utilité n'est pas le raisonnable et son appréciation ne se fait forcément en contemplation d'une norme de comportement d'un contractant moyen mais bien au regard de l'efficacité de la procédure concernée. C'est, par exemple, l'article 1466 du Code de procédure civile qui dispose que la partie qui s'abstient d'invoquer « en temps utile » une irrégularité est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.

102. Le délai peut être enfin adossé à un standard temporel - Enfin, les standards adossés à un délai qui imposent au contractant la réaction la plus rapide sont ceux dont l'immédiateté ressort directement du standard utilisé : « promptement[550]», « sans tarder[551]», « sans retard[552]», « sans délai [553]», « immédiatement[554]». Ces standards ont la particularité de survenir dans des situations qui revêtent un caractère urgent et d'imposer un devoir de réaction au contractant placé face à une situation illicite, voire

---

[544] BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, PUF, coll. Thémis, 2e éd., 2016, n°68, p.121.
[545] AYNÈS L., « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », RDC 2016, n°112, p.14.
[546] ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », art. préc.
[547] CARBONNIER J., *Flexible droit*, 10e édition, 2001, LGDJ ; adde LAGELÉE-HEYMANN M., « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », RDC 2018, n°03, p.473.
[548] V. *Supra*, sur les manifestations du devoir de réaction en droit commun des contrats : n°57 et s.
[549] Art. 135 CPC, Art. 15 CPC, Art. R.311-11 CPC exéc.
[550] L. n°2004-575, 21 juin 2004, art. 6, II.; Art. L.137-2, III, 1°, c, CPI
[551] Art. L.133-24, L.133-24 et L.314-14 CMF ; Art. L.557-27, C. envir.
[552] Art. L.521-10, L.131-55 CMF
[553] Art. L.312-93 C. cons.
[554] Art. L.8228-1, R.8281-1 C. trav.

illégale. Le laps de temps laissé au contractant pour réagir se compte en semaine, parfois en heures[555]. On les retrouve le plus souvent dans le cadre d'une obligation de vigilance.

II. Le devoir de réaction adossé à un délai implicite

103. Les délais implicites : **l'appréciation temporelle de la réponse du contractant par la bonne foi** - Il est des hypothèses dans lesquelles aucun délai n'est prévu par la loi ou le contrat, qu'il soit fixe ou adossé à un standard temporel, mais où le temps va tout de même constituer le critère d'appréciation de la violation du devoir de réaction. Il s'agit alors d'une appréciation temporelle tacite qui s'arrime davantage à un standard de comportement général, comme la bonne foi, la croyance légitime ou la cohérence. Ainsi, de nombreuses manifestations ont laissé apparaitre qu'un contractant tardant à réagir pouvait être déchu de son droit ou engager sa responsabilité dès lors que son inertie a traduit un comportement de mauvaise foi. Sur le fondement de l'article 1104 du Code civil, le temps que le contractant a pris pour réagir constitue l'indice principal dont se sert le juge pour caractériser sa mauvaise foi, son incohérence ou sa déloyauté. La clause résolutoire du bailleur, par exemple, n'est adossé à aucun standard temporel particulier si ce n'est le devoir de bonne foi : c'est à travers elle que l'on reprochera cependant au contractant de ne pas s'en être prévalu comme si la clause était enserrée dans un délai implicite à l'issu duquel sa mise en œuvre deviendrait illégitime. Dans l'arrêt du 13 décembre 2016[556], l'appréciation de la mauvaise foi du transporteur maritime de marchandises à qui l'on a reproché de ne pas s'être prévalu de sa faculté de modification unilatérale du contrat repose également sur une appréciation temporelle dont la clause est initialement exclusive. Face au mouvement de grève du port de destination, le transporteur aurait dû mettre en œuvre sa clause rapidement afin d'empêcher le dépérissement des marchandises. Enfin, en droit international, le contractant victime qui a l'obligation de minimiser son propre dommage n'est textuellement soumis à aucun délai. Pourtant, son devoir de réagir face à la survenance du dommage va lui laisser un certain laps de temps entre la commission de la faute et l'aggravation du préjudice pendant lequel le contractant va pouvoir réagir sans risquer de voir le montant de réparation de son préjudice diminué. La violation du devoir de réaction sanctionne ici

[555] V. *Supra*, sur l'obligation de vigilance du fournisseur d'hébergement, n°79.
[556] Cass. com., 13 décembre 2016, n°14-20.804, RDC 2018/1, obs. Ph. Stoffel-Munck; Gaz Pal., 28 févr. 2017, p.30, note Carayol; DMF 2017.288, obs. C. Bloch.

l'inertie entre « l'évènement qu'on subit et la décision qu'on prend[557]». En fin de compte, c'est précisément le temps qu'a pris le contractant pour réagir qui va servir de critère pour apprécier la violation du devoir de réaction. L'absence de délai légal ou contractuel n'empêche ainsi l'appréciation temporelle d'un comportement pour définir si le contractant a violé ou non son devoir de réaction.

104. Les délais implicites : l'appréciation temporelle de la réponse du contractant face à la réalisation d'un risque – Les obligations légales ou jurisprudentielle imposant au contractant vigilance ou sécurité reposent parfois sur un délai implicite. Le contractant est ainsi placé dans un rapport temporel dans l'appréciation, par le juge, de la réponse apportée pour réagir au risque. Ainsi, en droit du travail, l'obligation de sécurité de l'employeur obligeant ce dernier à prendre des mesures pour faire cesser le harcèlement sexuel des articles L.1153-4 et L.1153-5 du code du travail n'adossent la réactivité de l'employeur à aucun standard si ce n'est « de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner ». Pourtant, la jurisprudence sociale laisse apparaitre que le critère temporel est fondamental dans l'appréciation de la réaction de l'employeur : ainsi, la Cour de cassation exige de l'employeur de réagir « rapidement[558] » face à des cas de harcèlement. Ces délais implicites se retrouvent le plus souvent dans des obligations légales de moyens puisqu'un court laps de temps est offert au contractant pour prouver qu'il a réagi face à l'apparition du risque[559]. Toutefois, le contractant ne doit pas seulement réagir mais bien réagir et, en plus du critère temporel, les caractères du devoir de réaction peuvent être analysées à la lumière d'autres critères qui ne sont, quant à eux, pas systématiques.

Paragraphe second : Les critères d'appréciation secondaires du devoir de réaction

105. Annonce - Si le critère fondamental d'appréciation du devoir de réaction est le temps de réaction du contractant, d'autres critères d'appréciation peuvent venir s'y ajouter. Ainsi, le devoir de réaction est parfois, lorsqu'ils existent, adossé à des

---

[557] BARBIER H., « Rapport de synthèse », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, préc., p.69.
[558] Cass. soc., 7 avril 2016, n°14-23-705 ; Cass. soc., 10 janvier 2006, n°04-42-719 ; Douai, 28 février 2019, RG, n°17/005008.
[559] *Infra*, n°193 et s.

critères matériels décrivant la procédure de bonne réaction (**I**). Ensuite, apporter une réponse en temps utile peut parfois se révéler insuffisant lorsque la réaction est jugée trop faible ou, au contraire, trop forte. La réaction du contractant est alors arrimée à un critère de proportionnalité (**II**). Ces prescriptions sont fondamentales pour l'étude du devoir de réaction puisque c'est précisément de celles-ci que le devoir de réaction tirera ses limites[560].

I. Le critère matériel du devoir de réaction

106. Les textes instaurant une procédure de réaction - Le devoir de réaction impose au contractant d'apporter une réponse à temps mais encore faut-il que cette réponse s'exerce conformément à certaines prescriptions. La définition juridique de la réactivité doit à la fois s'esquisser en contemplation du temps et de l'efficacité de la réponse. En sciences du management, la réactivité correspond, par exemple, à la recherche de la réponse appropriée. Le droit, de son côté, ne se contente pas toujours d'exiger simplement une réaction mais une bonne réaction. Lorsque la loi décrit précisément le comportement attendu du contractant, la réaction de ce dernier doit se faire selon ces prescriptions. C'est précisément ce que mentionne le Professeur Barbier lorsqu'il définit le devoir de réaction comme l'exigence de « tirer les conséquences légales et procédurales[561]» d'un trouble à l'ordre contractuel. Il fait ici référence à la scénographie et aux prescriptions qui doivent se coupler au critère temporel de la réaction. Le Professeur Balat aurait parlé d'un « processus[562] » qu'impose généralement la loi au contractant et qui fixent à la fois le devoir et les manières de réagir et dont on sait qu'ils ont été démultipliés par la réforme du droit des contrats. La CVIM impose ainsi à l'acheteur de dénoncer un défaut de marchandise dans un délai raisonnable mais la notification du défaut doit être suffisamment précise. L'exercice du devoir de vigilance du maître d'ouvrage obéit également à une stricte procédure sans le respect de laquelle ce dernier se verra condamné pénalement ou administrativement. Face au non-respect des obligations salariale de l'entreprise employeur, il doit ainsi mettre en demeure immédiatement l'entreprise, transmettre à l'agent de contrôle une copie du courrier et

---

[560] V. *Infra*, n°304 et s.
[561] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.
[562] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *art. préc.*

informer aussitôt l'agent de contrôle à défaut de réponse écrite de l'employeur[563]. Le couplage entre l'imposition d'une réaction au contractant et la voie à suivre prouve que le droit souhaite encadrer la réactivité et, qu'en matière juridique, celle-ci ne doit pas se contempler elle-même. Elle doit être un outil d'efficacité.

II. Le critère de proportionnalité du devoir de réaction

107. La proportionnalité du devoir de réaction : l'exigence d'une réponse d'une intensité satisfaisante– Le passage en revue des manifestations du devoir de réaction a laissé apparaitre un autre caractère que doit revêtir la réaction du contractant. Les magistrats se réservent ainsi la possibilité de juger l'intensité de la réaction du contractant. Elle peut tout d'abord être jugée trop faible, c'est-à-dire insuffisante. C'est très souvent le cas des devoirs de réactions attachés à une obligation légale poursuivant une finalité d'intérêt général, dont les modalités de réaction ne sont pas nécessairement décrites par la source de l'obligation, comme l'obligation de sécurité de l'employeur ou du devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre. Ainsi, l'employeur qui doit réagir face à un cas de harcèlement doit non seulement prouver qu'il a pris des mesures à temps, mais que celles-ci étaient propres à faire cesser l'illicite. Des mesures dérisoires ou insuffisante à l'égard du risque considéré conduisent indubitablement l'employeur à engager sa responsabilité, eut-il réagi à la survenance du risque. Ainsi, l'employeur qui ne sanctionnerait le salarié harceleur que par un avertissement s'expose au risque de manquer à son obligation de sécurité. Cette nécessaire intensité de la réaction se retrouve également en droit commun des obligations, où la victime d'une inexécution soumise à l'obligation de minimiser son dommage ne devrait pas pouvoir échapper à la sanction dès lors que les mesures prises sont jugées insuffisantes et impropres à empêcher l'aggravation du dommage. L'exigence d'une réaction énergique se retrouve également dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution, et plus particulièrement dans la résolution unilatérale par voie de notification qui est conditionnée au caractère suffisamment grave de l'inexécution. Le fait, pour le créancier, d'accompagner sa résiliation unilatérale d'un préavis est-il exclusif de la condition de gravité attachée à la mise en œuvre de la résolution unilatérale ? C'est en substance ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 14 novembre 2018[564] dans lequel elle a énoncé qu'une faute

[563] Art. L.8281-1-1, C. trav.
[564] Civ. 1ère, 14 novembre 2018, n°17-23135, RDC 2019, n°115 p.10, obs. T. Genicon.

grave appelle nécessairement une résiliation prononcée avec effet immédiat, qu'en octroyant à son débiteur un préavis de six mois, le créancier ne peut plus, par la suite, se prévaloir de la gravité de la faute pour résilier le contrat. L'on voit ainsi, à travers tous ces exemples, qu'une faible intensité de réaction peut parfois équivaloir à une absence de réaction. Le contractant soumis à un devoir de réaction ne doit pas se contenter d'une réponse dont la faiblesse jure avec les finalités de ses sources.

108. La proportionnalité du devoir de réaction : l'exigence d'une réponse mesurée exclusive de tout abus – À l'autre extrémité de l'exigence de proportionnalité dans la mise en œuvre du devoir de réaction se retrouve l'exemple inverse, celui de la surréaction, celui de la réaction si disproportionnée qu'elle confine à l'abus. En miroir des exemples pris dans les lignes qui précèdent, les sanctions de l'inexécution sont très souvent fondées sur la démonstration d'une inexécution suffisamment grave empêchant ainsi le créancier de rompre le contrat pour des motifs futiles. Plus encore, un contrat marqué par une forte coloration coopérative ou solidaire pourrait constituer un frein à une réaction trop énergique du créancier dont l'intolérance, traduite par une mise en œuvre immédiate des sanctions de l'inexécution, pourrait être source de responsabilité ou de déchéance[565]. L'exigence de proportionnalité se retrouve également dans la minimisation du dommage à travers laquelle la victime est sommée de prendre des mesures destinées à empêcher l'aggravation du préjudice. Ces mesures doivent être nécessairement proportionnées[566]. La victime qui adopterait des mesures disproportionnées eu égard au dommage risque ainsi de perdre son droit à indemnisation : par exemple, la victime qui déciderait de remplacer un bien défectueux par un autre dont le prix excéderait largement la valeur du bien initial[567]. La réactivité du contractant peut ainsi se retourner contre lui. Une telle situation est particulièrement flagrante en droit du travail, dans le cadre du pouvoir de sanction de l'employeur qui, d'un côté, est exhorté à réagir sous peine de ne plus pouvoir ensuite se prévaloir d'une faute de son salarié mais qui doit veiller, d'un autre côté, à la mesure des sanctions prises. Ainsi, un salarié faisant l'objet de sanction disproportionnées peut assigner son employeur aux fins de le faire

---

[565] V. *Infra*, n°310.
[566] Art. 75, CVIM ; art. 9 :505 des Principes européens des contrats ou l'article 7.4.8. al. 2 des principes Unidroit.
[567] WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », art. préc.

condamner pour harcèlement moral[568]. Des mesures dérisoires comme exagérées ne le conduiront qu'à violer son obligation de sécurité voire à l'engagement de sa responsabilité[569].

[568] MOULY J., SAVATIER J., « Droit disciplinaire – Contrôle judiciaire », *in Rép. Droit du travail*, 2019, n°318
[569] *Supra*, n°72 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

109. Conclusion du chapitre second : élaboration d'une définition du devoir de réaction – L'étude des manifestations et de la substance du devoir de réaction permet d'offrir une définition plus précise de celui-ci. À travers ce chapitre, nous avons souhaité démontrer que la diversité des manifestations du devoir de réaction laisse apparaitre la sanction d'un seul et même comportement dont il serait possible de définir les traits principaux. Tout d'abord, il était nécessaire de caractériser la condition de mise en œuvre du devoir de réaction. Face à quoi le contractant a-t-il le devoir de réagir ? Les situations variées rencontrées dans le titre premier nous ont obligé à rechercher un terme englobant cette diversité. Ainsi, la perturbation de l'ordre contractuel permet de rassembler à la fois les problématiques liées aux dysfonctionnements du contrat (illicéité, inexécution) qu'à la réaction exigée à la suite d'une interpellation contractuelle. Une fois identifiée la condition de la réaction, la détermination du contenu du devoir de réaction constituait l'axe fondamental de la définition. En tirant les conséquences des observations accumulées dans le premier chapitre, c'est principalement le droit subjectif du contractant qui se révèle être l'objet du devoir de réaction. Par conséquent, la réaction juridique correspondrait à la réaction du contractant dans l'usage de ses droits subjectifs. Une telle conclusion a le mérite non seulement de correspondre à ses manifestations mais aussi d'encadrer et restreindre le devoir de réaction sans quoi ce dernier aurait eu une portée trop large, des applications difficiles à distinguer et un intérêt relatif. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi d'apporter une coloration juridique à la réaction en ne retenant que les hypothèses dans lesquelles il est reproché à un contractant de ne pas avoir, ou d'avoir mal mis en œuvre un droit subjectif. Le devoir de réaction est ainsi le devoir de mettre en œuvre son droit subjectif face à telle ou telle situation, dans l'intérêt du titulaire ou d'autrui. Devaient ensuite être analysés les caractères de la réaction. Commun à tous les devoirs de réaction, le critère temporel permet d'enserrer la réaction du contractant dans un laps de temps. C'est cette pression temporelle qui va permettre de considérer que la réaction passe de la simple faculté-possibilité au devoir juridique. Enfin, aux caractères de la réaction du contractant peuvent s'ajouter ceux destinés à en apprécier sa justesse. Rangés sous le vocable « approprié », la proportionnalité et la procédure du devoir de réaction en sont les deux outils

110. Proposition d'une définition du devoir de réaction – Les éléments de composition du devoir de réaction permettent désormais de proposer une définition se détachant de celle, provisoire, que nous avions adopté pour observer ses manifestations. **Le devoir de réaction peut se définir comme l'exigence faite au contractant de réagir en temps utile face à toute perturbation de l'ordre contractuel par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif.** Dans tous les cas, la sanction du devoir de réaction dépend directement du temps de réaction, que celui-ci soit prévu légalement, contractuellement ou s'il ne l'est pas, d'un délai raisonnable implicite au comportement attendu. Dans certains cas, le devoir de réaction peut être analysé à l'aune de critères destinées à apprécier la justesse de sa réponse, c'est-à-dire la manière dont a réagi le contractant**.** Tout en étant très proche de celle proposée par le Professeur Barbier[570], la définition proposée a le mérite d'étendre le devoir de réaction à des situations qui dépassent la seule situation contractuelle illicite en agrégeant les hypothèses d'interpellation et d'inexécution. Nous avons également préféré le vocable de « temps utile » à celui de « promptement » car la réaction, toujours enserrée dans un critère temporel, n'a pas nécessairement à être d'une rapidité particulière mais se cache toujours derrière une logique d'efficacité. Nous avons enfin choisi d'insister encore sur les caractères que doit revêtir la réaction en ajoutant l'adjectif « approprié » à la mise en œuvre de la réponse.

[570] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc. : pour rappel : « Le devoir de réaction du contractant peut se définir comme l'exigence qui lui est faite tire promptement toutes les conséquences contractuelles ou procédurales d'une défaillance de l'autre partie ou plus largement d'une situation contractuelle illicite ».

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

111. Conclusion du titre premier – Le travail de reconnaissance d'un nouveau devoir contractuel a d'abord dirigé l'étude vers la singularité du devoir de réaction, vers le constat de ses manifestations. La première phase d'observation, fondée sur la méthodologie inductive, a consisté à observer la sanction récurrente d'un comportement donnée, que celle-ci consiste en l'impossibilité de se prévaloir d'un droit ou en l'engagement de la responsabilité civile du contractant. Lois et jurisprudence ont révélé un phénomène d'une grande diversité, auquel aucune branche du droit des contrats ne semble échapper. Le devoir de réaction trouve son terreau naturel dans les contrats issus du monde des affaires, mais son essor se constate dans d'autres contrats spéciaux issus du droit des sûretés ou du droit du travail. Plus remarquable est sa pénétration en droit commun des obligations à travers l'ordonnance du 10 février 2016. D'un autre côté, le devoir de réaction se développe en contemplation de l'intérêt du cocontractant, voire de l'intérêt général lorsqu'il se manifeste dans certaines obligations légales. Derrière l'évidente diversité des manifestations du devoir de réaction se cache la sanction d'un comportement unique. Le second chapitre fut ainsi l'occasion de tirer les conséquences du passage en revue des manifestations du devoir de réaction : soulignant ainsi non seulement l'unicité du comportement sanctionné, l'autonomie du devoir étudié mais aussi la possibilité d'en proposer une définition unitaire. Le devoir de réaction peut ainsi se définir comme l'exigence faite au contractant de mettre en œuvre un droit subjectif en temps utile pour répondre à une perturbation de l'ordre contractuel. C'est autour de cette définition que nous pouvons désormais entreprendre une classification des devoirs de réaction selon leurs finalités et les étudier dans leur diversité.

TITRE SECOND : LES DEVOIRS DE RÉACTION : DUALITÉ DE FINALITÉS

112. Le devoir de réaction, instrument d'efficacité – Le devoir de réaction se manifeste dans de nombreuses hypothèses mais impose au contractant d'adopter un comportement de nature identique. Le passage en revue de ses manifestations aussi nombreuses que variées permettent une classification des devoirs de réaction, au pluriel cette fois-ci. Les lignes qui précèdent ont, en effet, démontré que le devoir de réaction était un puissant outil d'efficacité, peu important la branche du droit des contrats dans laquelle il se manifeste. Aussi proposons-nous d'établir une classification en fonction de la destination de cette efficacité, de sa finalité. Le devoir de réaction est, en effet, au cœur des deux mouvements qui coexistent au sein du droit des contrats. Un tel devoir, ambivalent, tente d'en opérer une synthèse en veillant à ne pas les opposer frontalement[571]. Le premier, libéral et individualiste, directement inspiré par les besoins de l'économie de marché et les nécessités de la mondialisation, aiguillé par l'efficacité et la sécurité économiques ; le second, social et solidaire, tentant à bout de bras de rééquilibrer les dérives causées par les premiers[572]. L'idée de réactivité est chère à la conception libérale du droit des contrats puisqu'elle participe directement aux grands « slogans[573]» du droit contemporain dont la recherche d'une plus grande efficacité est l'objectif déclaré[574]. C'est elle qui permet de supprimer les longueurs préjudiciables et

---

[571] FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°23, p.33 ; v. également en ce sens : BALAT N., « À propos du nouveau droit commun des contrats » préc : sur la recherche d'un équilibre entre les valeurs protégées par la réforme, entre la doctrine libérale et la doctrine sociale.

[572] CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n°40, p.33 : démontrant que la réforme du droit des contrats s'attache à faire coexister au sein du droit commun deux visions du contrat : « l'une égalitaire et fondée sur la libre volonté ; l'autre structurellement inégalitaire et ancrée dans les rapports de puissance » ; voir également en ce sens : MAZEAUD D., « Présentation du projet de réforme du droit des contrats », in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-argentines,* Association Henri Capitant, Dalloz, 2015, pp.10-13 ; TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n°48, p.52. L'opposition de plusieurs tendances au sein du droit des contrats n'est pas nouvelle : v. déjà en ce sens : WEILL A., TERRÉ F., *Droit civil – Les obligations*, Précis Dalloz, 3e édition, 1980, n°49, p.51 : « deux tendances fondamentales s'affrontent en matière de droit des contrats : « la doctrine individualiste de l'autonomie de la volonté et les tendances sociales en matière de droit des contrats. » ; Ce compromis conduit à une pauvreté idéologique que certains auteurs n'ont pas hésité à dénoncer : CHAZAL J.-P., « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », D. 2015, p.637.

[573] PÉRÈS C., « Rapport introductif », *in* BOLLÉE S., LAITHIER Y.-M., PÉRÈS C. (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, n°1, p.8.

[574] FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°13, p.34 ; BARBIER H., « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *art. préc.*, p.247.

les couts inutiles, l'exécution efficace et rapide des obligations. En même temps, l'idée de réactivité est tout aussi précieuses aux partisans d'un droit des contrats plus solidaire : cette fois, l'efficacité du contrat tend vers la bonne réalisation de l'opération contractuelle, la satisfaction pleine et entière des deux parties animées par une réactivité de tous les instants quant aux intérêts de l'autre. Plus encore, la réactivité peut servir de support pour imposer aux contractants la prise en charge d'un intérêt dépassant le simple cadre contractuel et revêtir une fonction sociale plus marquée. Le devoir de réaction est alors instrumentalisé pour lutter contre les effets néfastes d'une activité contractuelle donnée, une norme comportementale permettant d'accroître l'efficacité de normes destinées à protéger un intérêt supérieur tel que l'environnement, la lutte contre la cybercriminalité ou la dignité au travail.

113. L'efficacité, critère de classification des devoirs de réaction - La définition de l'efficacité est équivoque. De nombreux auteurs remarquent à juste titre que l'efficacité ne veut rien dire en soi[575]. Dans le langage courant, l'efficacité peut se définir comme « ce qui produit l'effet attendu[576]». Transposée au droit des contrats, cette définition est nécessairement relative. Retenir le critère de l'efficacité commande ainsi d'identifier les fins poursuivies. Assurément, c'est vers l'efficacité du contrat que le devoir de réaction est majoritairement tendu. Cependant, la loi ou les parties peuvent imposer des normes dépassant le simple cadre contractuel et les arrimer à un devoir de réaction pour assurer une plus grande efficacité. L'efficacité est ainsi le curseur et l'aiguilleur du devoir de réaction : tantôt il se confine à la sphère contractuelle et s'évertue à accompagner l'opération contractuelle (**chapitre premier**), tantôt ce dernier sort de ce cadre pour concourir à la bonne application d'une obligation légale plus générale poursuivant une finalité d'intérêt général (**chapitre second**).

Chapitre premier : L'existence d'un devoir de réaction assurant l'efficacité du contrat

[575] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°173, p.154 : La définition de l'efficacité est « on ne peut plus relative » et « le mot ne veut rien dire dans l'absolu » ; LARDEUX G., « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », *in* LARDEUX G. (*dir*.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p.7 : « le terme d'efficacité ne veut rien dire, du moins ne veut rien dire en lui-même ».
[576] DICTIONNAIRE LAROUSSE, 2020, p.460 v° *efficacité*.

Chapitre second : L'existence d'un devoir de réaction assurant l'efficacité d'une obligation dont la finalité est la protection d'un intérêt général

CHAPITRE PREMIER : L'EXISTENCE D'UN DEVOIR DE RÉACTION ASSURANT L'EFFICACITÉ DU CONTRAT

114. L'ambivalence de l'efficacité en droit des contrats – L'une des finalités du devoir de réaction est de poursuivre l'efficacité du contrat. En ce domaine, l'efficacité peut s'apprécier sous différentes lumières : ce peut être, d'abord, l'efficacité purement économique[577] du contrat à l'aune de laquelle est très souvent analysé non seulement l'efficacité du contrat mais également l'efficacité du droit des contrats. Il s'agit ici d'examiner l'efficacité comme la satisfaction des intérêts économiques des parties et plus généralement de ceux du marché[578]. Une analyse qui favorise l'adoption d'un comportement économiquement rationnel et efficace permettant à la fois au contractant et au marché d'atteindre leurs objectifs[579]. Plus généralement, l'efficacité du contrat correspond à sa propension à produire les effets recherchés par les parties[580]. Dès lors, rien n'empêche de dépasser les seuls intérêts économiques pour considérer que l'efficacité commande également au contractant de veiller à la bonne poursuite du contrat, fût-ce en veillant aux intérêts du cocontractant. Que l'efficacité soit tournée vers l'économique ou l'altruisme, les deux ont en commun de rechercher la bonne réalisation de l'opération contractuelle prévue. Se calquent alors deux figures du devoir de réaction qui permettent d'affiner leur classification autour de l'intérêt du droit objet du devoir de réaction.

115. Annonce – L'efficacité du contrat peut être obtenue par la poursuite de son propre intérêt comme de celui d'autrui. Dans les deux cas, un devoir de

---

[577] FENOUILLET D., « Les valeurs morales » *in Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, n°03, p. 589 ; ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit*., n°6, p.422 ; BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 2017, p.29 ; FAGES B., « L'applicabilité du droit commun des contrats au droit des affaires », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, hors-série n°3, 12 juin 2017, p.11. ; ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *in Le nouveau discours contractuel,* RDC, 2016, n°03, p.600.

[578] MAZEAUD D., « L'efficacité économique en droit des obligations », *in* S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER et PÉRÈS C. (*dir.*), *L'efficacité économique en droit*, *op. cit*., n°2, p. 68, citant MUIR-WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain », LPA, 20 novembre 2002, p.47.

[579] SAVATIER R., *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4e édition, Dalloz, 1974 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, p.143.

[580] Sur ces différentes conceptions de l'efficacité en droit des contrats : CHANTEPIE G., « L'efficacité attendue du contrat », RDC 2010, n°1, p.347 : démontrant l'ambivalence de la définition d'efficacité dans le contexte du droit des contrats ; voir également FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°173, p.154 ; Pour l'analyse économique du droit v. MACKAAY E., « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », *in* LARDEUX G. (*dir.*), *L'efficacité du contrat*, *op. cit*., p.31 : qui démontre que chaque partie entend faire un gain grâce au contrat.

réaction va peser sur le contractant. D'une part, un devoir de réaction imposant au contractant de préserver son propre intérêt pour ne pas causer préjudice à autrui **(section première)** et fluidifier la relation contractuelle. Celui-ci se rattache éminemment à l'efficacité économique du contrat. D'autre part, un devoir de réaction imposant au contractant de protéger l'intérêt du cocontractant afin qu'il ne souffre d'aucun préjudice qu'il aurait été aisé d'éviter **(section seconde)**. C'est ici que le devoir de réaction révèlera une facette plus altruiste. Il s'articule ainsi autour de la perte de temps et de la prise de temps. Il s'agit, pour le contractant, tantôt du devoir de ne pas faire perdre son temps au cocontractant ; tantôt du devoir de prendre de son temps pour son cocontractant, mais dans les deux cas, de faire produire au contrat tous ses effets.

Section première : Le devoir de réagir pour la préservation de son propre intérêt

116. Annonce et définition du devoir de réagir pour la préservation de son propre intérêt – René Demogue disait qu'un « droit retardé dans son application est déjà un droit blessé[581]». Rajoutons qu'il est aussi un droit blessant. En effet, assurer l'efficacité du contrat implique que les contractants adoptent un comportement réactif quant à leurs droits subjectifs et prérogatives contractuelles. Le retard dans leurs mises en œuvre peut causer un préjudice que le droit tente de prévenir et de sanctionner. S'il était possible, de manière imagée, d'utiliser le terme de « devoir envers soi-même » pour caractériser cette forme-ci du devoir de réaction qui consiste à se prévaloir en temps utile d'une prérogative sous peine de la voir éteinte, nous avons préféré le verbe « préserver »[582]. Ce dernier insiste davantage sur la vulnérabilité de certaines prérogatives et le comportement dynamique qu'il sous-entend pour la conserver. Le devoir de réaction, en effet, n'intervient pas dans rapport de soi à soi. Ici comme ailleurs, le droit reste un phénomène interpersonnel[583]. Lorsqu'un contractant est sanctionné par la déchéance pour ne pas s'être prévalu d'un droit ou d'une prérogative en temps utile, c'est précisément en contemplation de l'intérêt du cocontractant. Le droit subjectif est, certes, dans l'intérêt du titulaire, il en est le bénéficiaire direct, mais le fait de se prévaloir dudit droit dans les temps est *aussi* dans l'intérêt du cocontractant. L'absence de réaction du contractant éteint son droit précisément parce que son exercice tardif met en péril la relation contractuelle et tâche son comportement de mauvaise foi. Par exemple, lorsqu'une partie à l'arbitrage tarde à dénoncer une irrégularité de constitution du tribunal et qu'il est déchu de son droit de contester, il lui est reproché de ne pas avoir utilisé sa propre prérogative, mais dans sa relation avec autrui – non dans sa relation avec lui-même. La tardiveté de sa réaction surprenait le cocontractant et indisposait le bon déroulement de la procédure. La situation dans laquelle un contractant va se prévaloir tardivement d'un droit après un long silence est la forme la plus courante du devoir de réaction.

---

[581] DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.,* p.66.
[582] LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.38.
[583] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil, Introduction général - Tome I : Droit objectif et droits subjectifs*, *op. cit*., n°147, p.107 ; BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, préf. J. Mestre, PUAM, 2011, n°155, p.57.

C'est aussi la plus dangereuse pour le contractant ; celle que le droit encadre le plus[584]. C'est aussi la raison pour laquelle cette forme bénéficiera des plus longs développements de l'étude. Nous en dresserons le régime à travers la recherche des fondements (**paragraphe premier**) puis les sanctions (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : les fondements juridiques du devoir de réaction tourné vers la préservation de son propre intérêt

117. Annonce – La classification des devoirs de réaction en fonction de la destination, de la finalité de leur efficacité, permet d'affiner encore ses ramifications. La préservation de l'efficacité du contrat suppose de veiller tantôt à ses propres intérêts, tantôt à ceux du cocontractant. C'est dans le premier cas que le devoir de réaction connaît ses manifestations les plus nombreuses et les plus variées, aussi avons-nous décidé de commencer l'étude des régimes par cette forme-là. Classiquement, l'étude recherchera, dans un premier temps, un ou plusieurs fondements du devoir de réaction tourné vers la préservation de son propre intérêt **(I)** pour ensuite s'interroger sur les sanctions encourues **(II)**.

I. Les fondements écartés

118. Annonce – Sanctionner l'absence de réaction d'un contractant dont l'inertie face à ses propres prérogatives menace de causer préjudice à son cocontractant peut, à première vue, reposer sur divers fondements. L'étude de ces derniers commencera par l'élimination de deux d'entre eux. Ces derniers peuvent paraître à premier abord séduisants : il en est ainsi de la théorie des incombances **(A)** ou du fondement de l'équité **(B).** Nous verrons qu'ils sont inopérants.

A. Le rejet de la notion d'incombance comme fondement du devoir de réaction

119. Les similitudes entre le devoir de réaction et la notion d'incombance contractuelle – Parmi les notions qui semblent se rapprocher au

[584] V. *Infra*, n°242 et s.

plus près du devoir de réaction, celle d'incombance occupe une place particulière. En effet, la description de son régime ressemble à s'y méprendre à la conception du devoir de réaction retenue. Plus particulièrement, les manifestations du devoir de réaction pouvant conduire à l'impossibilité pour le contractant de se prévaloir d'un droit[585], la plupart du temps sanctionnées par la déchéance, s'amalgament assez facilement avec la notion d'incombance au point de soulever la question de savoir si incombance et devoir de réaction ne se recoupent-ils pas. Madame Luxembourg évoque ainsi les « incombances de diligence[586]» qui correspondraient au devoir d'agir positivement dans un délai préfixé. Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier d'incombance l'obligation de déclaration de la créance à la procédure collective[587], la faculté de demander la renégociation d'un contrat pour imprévision[588], l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence[589], ou encore le devoir pour la victime de minimiser son dommage[590] : autant d'exemples que nous qualifiions précédemment de devoir de réaction. C'est la raison pour laquelle la poursuite de l'étude impose non seulement de démontrer comment ils se distinguent mais comment l'existence de l'un rejette celle de l'autre. Après avoir retracé l'origine et les ébauches doctrinales française de la notion d'incombance, nous tâcherons de l'évincer au profit d'une définition plus large du devoir contractuel.

120. Origine et transposition de l'incombance dans les droits francophones – Le droit germanique connaît de longue date la notion d'*Obliegenheit* qui désigne une exigence comportementale de faible intensité, insusceptible d'exécution forcée et dont la violation prive simplement le contractant d'un avantage juridique espéré, puisqu'elle ne pèse sur le sujet que dans son propre intérêt[591]. C'est la raison pour laquelle le droit allemand utilise le

---

[585] V. *Supra*, n°25 et s.
[586] LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., pp. 72-83.
[587] MIGNOT M., « L'absence de déclaration de la créance à la procédure de liquidation du débiteur est une faute », LEDB, oct. 2013, p.1.
[588] ANCEL P., « Imprévision », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021, n°86.
[589] MANGEMATIN C., « L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? », Dr. et patr., Sept. 2016, p.38.
[590] WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », LPA, nov. 2002, p.50.
[591] WITZ C., *Le droit allemand*, Dalloz, 2018, p.102 : le devoir de l'acheteur d'examiner la marchandise sans retard et de dénoncer le défaut est considéré comme une incombance en droit allemand ; LAITHIER Y.-

terme impropre mais imagé, d'« obligation envers soi-même[592] ». Elle s'oppose à l'équivalent de l'obligation civile de droit allemand, contraignante et susceptible d'exécution forcée. Le vocable d'incombance est la traduction de l'*Obliegenheit* opérée par les juristes helvètes. Ces derniers, souhaitant affiner le régime des incombances, en distinguent deux types : les premières, calquées sur le modèle allemand, sont définies comme « le comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique[593]» et analysées comme des renonciations à un droit subjectif tandis que les secondes imposent au contractant l'adoption d'un comportement de nature à éviter de compromettre la situation juridique d'autrui, et sont analysées en termes de faute et de sanction punitive[594]. Ainsi, en droit helvétique, la déclaration hors-délai d'un défaut de marchandise s'analyse comme une simple renonciation tandis que l'absence de minimisation du dommage de la part du débiteur s'analyse comme une faute civile sanctionnée par la déchéance[595]. Il y aurait ainsi une différence d'intensité parmi les incombances.

121. Réception de l'incombance dans la doctrine française et position du problème – L'essor de la notion d'incombance dans la doctrine française est somme toute assez récente. L'éveil fut suscité par l'article d'un auteur belge[596] à partir duquel la notion d'incombance en droit français donna lieu à d'importantes tentatives d'importations[597]. Les définitions, dispersées, souvent incompatibles entre elles, se multiplièrent au point de donner au débat la « tonalité désagréable d'une cacophonie[598]». Pour y voir plus clair, Monsieur Forest a rassemblé les traits saillants communs à chaque définition : d'une part, une incombance est une norme comportementale qui ne saurait faire l'objet ni d'une mesure d'exécution forcée en nature, ni d'une action en responsabilité[599] ; c'est la

M., « Incombance », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°155, p.657 : « La paternité du néologisme est attribuée aux juristes suisses francophones qui ont transposé en droit interne, et donc traduit, le concept d'*Obliegenheit* forgé par la doctrine allemande au milieu du XXe siècle » ; FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°10, p.22.

[592] WITZ C., *Droit privé allemand*, Litec, 1992, n°579, p.456.

[593] TERCIER P., *Le droit des obligations,* 6e édition, Schulthess, Zurich, 2019, n°238, p.50.

[594] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n°480, p.347.

[595] *Ibid.,* n°484, p.351.

[596] FONTAINE M., « *Obligenheit*, Incombance ? », *in Liber amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain-La Neuve, Maklu-Academia, Bruylant, 1998, p.151.

[597] LICARI S., « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance », RRJ 2002, n°2, p.703.

[598] FOREST G., *loc. cit*., n°488, p.354.

[599] *Ibid*., n°488, p.355.

raison pour laquelle une incombance serait nécessairement sanctionnée par la déchéance[600], d'autre part. À partir de ce constat, la doctrine s'est efforcée soit de distinguer l'incombance en lui conférant une certaine autonomie, soit de l'effacer au profit d'une notion préexistante. Dans le second cas, par exemple, Monsieur Forest a souligné l'inutilité de la notion d'incombance qui correspondrait à la notion déjà existante de charge, se distinguant elle-même du devoir en ce que le droit lui associe des conséquences déterminées qui ne consistent point en la sanction d'une faute[601]. Plus proche de notre étude, Madame Freleteau a souhaité démontrer l'autonomie de l'incombance en affinant la distinction que cette dernière pourrait entretenir avec le devoir contractuel. C'est ainsi qu'elle définit l'incombance comme « une contrainte comportementale préalable et adventice à l'exercice d'un droit empreint d'aléa qui s'impose au contractant qui désire obtenir l'avantage qui y est attaché[602]» tandis que le devoir ne serait qu'une contrainte comportementale dont le manquement est constitutif d'une faute contractuelle[603]. Ainsi, l'incombance correspondrait à ce qu'il faut accomplir : le domaine du falloir arracherait à celui du devoir un certain nombre de comportements. Devoir et incombance se distingueraient encore par la nature des contraintes comportementales qu'ils exigent[604], mais aussi par leur finalité : le premier n'existerait que pour maintenir l'utilité du contrat[605] tandis que le second consisterait en une technique de prévention de l'abus de droit[606]. On le voit, c'est notamment la faute qui articule la distinction ténue et qui empêcherait d'attirer les incombances sous le joug des devoirs contractuels. Enfin, selon ces auteurs, la sanction particulière qu'est la déchéance empêcherait la qualification de devoir. Tour à tour, cette sanction est jugée inhérente à l'incombance[607], punitive[608] ou, au

---

[600] *Ibid. ;* v. également en ce sens : LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., n°92, p.39 : L'auteur considère que l'incombance est le fondement de la déchéance.

[601] FOREST G., *loc. cit.*, n°491, p.357 : selon l'auteur, le plaideur qui n'accomplit pas las formalités dont il est tenu nuit certainement à ses intérêts, mais il ne commet aucune faute en privilégiant tel comportement plutôt que tel autre. Ceci explique que la non-obtention de l'avantage espéré ne correspond en rien à la réparation d'un dommage.

[602] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., p.644.

[603] *Ibid.*

[604] *Ibid.*, pp. 187-264.

[605] *Ibid.*, n°272, p. 274, et n°279, p.282.

[606] *Ibid.,* n°310, p. 321.

[607] LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., n°92, p.39 ; FRELETEAU B., *loc. cit.,* n°415, p. 434.

[608] BOUCARD H., *L'agréation dans la vente, essai de théorie générale*, th. préc., n°492, p.492. ; FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n°503, p.365.

contraire, dépourvue de connotation particulière[609], préventive[610] ou accessoire[611]. S'il ne fait aucun doute que l'incombance doit être distinguée de l'obligation[612], nous pensons que rien ne permet de distinguer de manière convaincante l'incombance du devoir contractuel en raison des trois arguments qui vont suivre.

122. Premier argument en faveur du rejet de la notion d'incombance : la violation du devoir de bonne foi, matrice des devoirs contractuels, n'empêche pas la déchéance – Selon les théories étudiées précédemment, l'incombance se distinguerait principalement des devoirs contractuels en raison de sa sanction particulière qu'est la déchéance. Nous pensons, au contraire, que la déchéance raccroche précisément l'incombance au domaine des devoirs. Comme l'obligation, le devoir contractuel ne se définit pas par rapport à une sanction exclusive. L'inexécution d'une obligation peut avoir différentes sanctions sans toutefois perdre sa qualification et l'utilisation d'une sanction inhabituelle n'y peut rien changer[613]. Il en va de même des devoirs : ce n'est pas parce que la mauvaise foi donne le plus souvent lieu à réparation que la déchéance ne peut pas sévir lorsque les circonstances le permettent. En effet, le devoir de bonne foi est une norme comportementale imposant aux contractants d'adopter un comportement loyal à deux niveaux : une dose d'éthique dans le comportement adopté qui oblige le contractant déloyal à réparer le préjudice qu'il cause à son cocontractant, mais également un outil protecteur de l'engagement contractuel, visant à préserver son utilité[614] ou son efficacité, imposant un pragmatisme que la seule responsabilité civile serait bien en peine d'assurer[615]. Lorsqu'une sanction plus appropriée se présente pour préserver la finalité de

---

[609] LUXEMBOURG F., *loc. cit.*, n°235 et s.
[610] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°310, p. 321.
[611] HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* tome II, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001, p.900. ; LICARI S., « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance, art. préc.
[612] CARBONNIER J., *Droit civil : Les biens, les obligations*, Tome II, Quadrige Manuels, PUF, 2004, p.922.
[613] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., th. préc., n°472, p.343 : « Dès lors, le fait qu'une sanction ne soit pas habituelle ne change rien au contenu de l'ordre, ni à la qualification juridique de l'élément complexe qui englobe le devoir. Une obligation, même associée à une sanction "inhabituelle", reste une obligation ».
[614] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°279, p.282.
[615] *Contra* : STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat*, *Essai d'une théorie*, th. préc., n°327, p. 276 : « En conséquence, il ne semble pas qu'existe un courant jurisprudentiel établi frappant l'incivilité du comportement adopté par le créancier à l'occasion de l'exercice de son droit par la neutralisation de celui-ci. Il existe au contraire tout un ensemble de raisons permettant d'affirmer que l'abus par déloyauté n'est pas et ne peut pas être sanctionné par une telle déclaration d'inefficacité. »

l'opération contractuelle, elle doit pouvoir s'appliquer sans bouleverser le domaine des qualifications. Classiquement, la violation du devoir de bonne foi est sanctionnée par l'engagement de la responsabilité civile du contractant. Or, la déchéance est aussi un outil reconnu et utilisé de longue date par les juges pour lutter contre les comportements déloyaux. Certains auteurs considèrent d'ailleurs la déchéance comme la sanction primaire de la mauvaise foi[616]. À juste titre d'ailleurs puisque les juges peuvent tout à fait paralyser ou déchoir le contractant d'une prérogative contractuelle mais ont l'interdiction de déchoir le contractant, en raison de sa seule mauvaise foi, d'un droit ou d'une obligation légalement convenue par les parties[617]. C'est ainsi que la mauvaise foi, nous l'avons vu, peut justifier la déchéance d'une clause résolutoire[618], d'agrément[619] ou de dédit[620]. Ce n'est visiblement que lorsque la loi ou le contrat prévoient une déchéance que celle-ci peut dépasser les seules prérogatives contractuelles et toucher à des droits plus proches de la créance, même si, nous le verrons, la frontière est poreuse[621].

123. La déchéance n'a donc, en matière de devoir contractuel, rien d'exceptionnel et ne peut servir à fonder théoriquement l'émergence d'une nouvelle notion. Elle se présente au contraire comme une sanction classique, possible et efficace du manquement au devoir contractuel. Nous rejoignons donc le doyen Cornu qui définissait finalement l'incombance comme « un devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir[622]». Déchéance et responsabilité civile, nous le verrons[623], n'agissent pas séparément mais de concert.

---

[616] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Préf. L. Aynès, LGDJ, 2016, n°490, p.384 ; *adde* FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., th. préc., n°510, p.374 : « La déchéance, qui possède une dimension punitive, est la sanction de la violation d'un devoir, c'est-à-dire d'une norme de comportement qui impose à son adressataire une conduite qu'il est contraint d'observer. Elle ne peut donc être la sanction d'une charge, qui au contraire implique un choix du sujet entre deux attitudes légalement admissibles ».
[617] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD Civ. 2007.773, obs. B. Fages ; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; sur l'avenir de cette jurisprudence après la réforme du 10 février 2016 : HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°642-7, p.519.
[618] Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, n°92-20.654.
[619] Cass. civ. 3ème, 18 octobre 1989, n°99-11.336.
[620] Cass. civ. 3ème, 11 mai 1976, n°75-10.854.
[621] V. *Infra*, n°353.
[622] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° « Incombance ».
[623] V. *Infra*, n°144 et s.

124. Deuxième argument en faveur du rejet de la notion d'incombance : la déchéance permet de prévenir un comportement de mauvaise foi et recoupe, dans ses finalités, avec celle du devoir – Certains auteurs ont remarqué le rôle préventif que pouvaient jouer les incombances. Madame Luxembourg a, par exemple, souligné que la déchéance a pour fonction principale de « prévenir les troubles que cet ordre est susceptible de subir du fait de l'inaction et de la négligence des intéressés[624]». Dans sa thèse consacrée à la distinction entre les incombances et les devoirs en matière contractuelle, Madame Freleteau s'est servie du critère de la finalité pour tracer la ligne de démarcation entre les deux notions. Ainsi, la finalité des devoirs reposerait sur le maintien de l'effet utile du contrat tandis que les incombances auraient pour finalité de prévenir l'abus en matière contractuelle en évitant le préjudice que son non-respect aurait nécessairement causé[625]. Nous avancerons les objections suivantes. D'abord, le fait de prévenir l'acte illicite ne consiste-t-il pas au contraire, en un moyen de parvenir à l'effet utile du contrat ? La distinction ne s'opère pas entre deux finalités, mais entre une finalité et un moyen. Que la sanction répare les conséquences du comportement déloyal ou tente de le prévenir, c'est la préservation de l'efficacité de l'opération contractuelle qui est visée *in fine*. Ensuite, Madame Freleteau explique que les incombances visent à prévenir les abus alors qu'elles encadrent précisément des situations de mauvaise foi. Nous croyons en effet que les « abus de droit[626] » prévenus par les incombances ne sont en réalité que des comportements fautifs correspondant davantage à un manquement au devoir contractuel de bonne foi[627]. L'auteur reconnait par ailleurs que l'incombance est

---

[624] LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., n°1060, p.390.

[625] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°313, p.327 : Ainsi, la sanction attachée au manquement à l'incombance permet d'éviter, a priori, les sanctions liées à la caractérisation d'un abus. Si le droit est perdu, il ne peut donc plus être exercé, et faire l'objet d'un abus. La perte du droit attachée au manquement à une incombance implique que le préjudice est évité et l'atteinte à l'utilité du contrat empêchée. Le manquement à une incombance n'emporte donc pas les mêmes conséquences que la faute contractuelle. » ; v. également en ce sens : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, th. préc., n°480 et s.

[626] LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., n°697, p.276 : Parce qu'une incombance constitue une condition d'exercice d'un droit et que sa mise en œuvre a pour but de conserver l'exercice d'un droit, cela empêche de considérer que le manquement à une incombance puisse être dans le seul dessein de nuire à autrui. Pour Madame Fanny Luxembourg, la déchéance n'a pas pour finalité de prévenir un abus.

[627] L'auteur reconnaît un peu plus loin que la mauvaise foi se cache derrière « les abus » : FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc.., n°314, p. 328 : « Il est arrivé que les juges du droit sanctionnent le titulaire d'une prérogative par la perte du droit de s'en prévaloir en se fondant sur la notion générale de bonne foi. (…) En ce que l'arrêt Les Maréchaux reconnaît la possibilité d'une sanction

une technique de « contrôle de la cohérence du comportement contractuel[628]». Preuve de plus, les exemples utilisés dans ses développements concernant le devoir contractuel (et la mauvaise foi) sont indifféremment utilisés dans ceux concernant l'abus[629]. Un contractant insuffisamment réactif dans la mise en œuvre de ses droits ne commet pas d'abus de droit mais manque simplement à son devoir de bonne foi qui, nous l'avons vu, commande actes positifs et cohérence[630]. Il n'abuserait finalement de son droit que dans la situation où il se retient volontairement de l'utiliser pour laisser perdurer une situation préjudiciable pour son cocontractant. La déchéance attachée à l'incombance, ou plutôt au devoir contractuel, est donc une technique visant à prévenir les conséquences du comportement fautif du contractant. Dans les deux cas, l'effet utile du contrat en reste l'objectif. Nous pensons donc que l'incombance se distingue très mal de la conception du devoir en droit français et qu'au-delà des arguments de fond précédemment évoqués, c'est dans d'évidentes raisons pratiques que se situent les meilleurs arguments en faveur du rejet de la notion d'incombance.

---

de l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, ce dernier pourrait consacrer un principe d'inefficacité des clauses invoquées de mauvaise foi. »

[628] *Ibid.,* p.333 à 346 : spéc., n°330, p.346 : « L'incombance, par son mécanisme spécifique, intervient de manière préventive et empêche *ab initio* que le comportement contradictoire du contractant ne cause un préjudice à autrui. »

[629] *Ibid*, n°314, p.328 : « L'incombance permet d'éviter que le contractant ne fasse un exercice illégitime de son droit et que le juge n'intervienne sur le terrain de la bonne foi pour le sanctionner *a posteriori* (…). Elle permet, au surplus, de justifier techniquement la jurisprudence qui sanctionne l'exercice illégitime d'un droit par un contractant en lui en refusant le bénéfice, sans recourir au devoir général de bonne foi. » ; encore n°316, p.332 : « Le fait même de ne pas observer l'incombance qui le conditionne révèle une certaine incohérence du contractant dans l'exercice de son droit. » ; enfin : n°317, p.333 : « En tant que comportement conditionnant l'exercice d'un droit, que l'individu doit observer dans son propre intérêt, l'incombance permet d'assurer la cohérence du comportement du contractant. »

[630] De nombreux auteurs considèrent que les actes positifs font partie intégrante de la bonne foi. Le devoir de bonne foi est source de dynamisme pour le contractant, il ne doit pas seulement s'abstenir mais parfois agir. C'est bien la preuve qu'on ne saurait qualifier trop hâtivement d'abus le fait de ne pas se prévaloir d'un droit en temps utile v. par exemple : DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, *op. cit*., n°13 : Aussi, le créancier est-il tenu « des actes nécessaires à l'exécution de l'obligation ou dont l'absence rend celle-ci plus difficile ou onéreuse d'une façon inutile. Il a le devoir d'accomplir ces actes et de les accomplir correctement, de les accomplir en temps voulu. » HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°641, p.447 : « La bonne foi ne contraint pas seulement le contractant à ne pas se rendre coupable de mauvaise foi. Elle exige parfois de lui des diligences » ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°218, p. 175 : « La bonne n'implique pas seulement une abstention, elle peut supposer des actes positifs » ; MAZEAUD D., « La confiance légitime et l'estoppel », art. préc., n°19 : « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui existe à l'état virtuel en droit contemporain des contrats. Davantage attaché à la prise en compte de la bonne foi et à l'identification de devoirs à la charge des parties, le droit contractuel français est peu enclin à accepter un tel principe général ».

125. Troisième argument en faveur du rejet de la notion d'incombance : les confusions pratiques – Ces dernières années, les travaux de recherche concernant les incombances n'ont pas réussi à proposer une définition et un régime faisant l'unanimité. De nombreux auteurs dénoncent la confusion théorique et pratique qu'a entrainé l'émergence de la notion d'incombance[631]. Comme le remarquait le Professeur Forsier, « si le droit doit s'adapter à l'évolution des choses, il a aussi besoin de stabilité, de cohérence et il faut se garder d'y introduire des notions nouvelles si les difficultés qu'elles sont censées résoudre peuvent trouver une solution adéquate et équilibrée dans l'application des concepts existants[632]». Ce concept existant, c'est le devoir contractuel : un outil absorbant aisément la notion d'incombance, permettant à la fois des sanctions réparatrices et préventives. Les incombances méritent donc l'appellation de devoir contractuel. Elles se rangent assez facilement sous les devoirs généraux de diligence et de prudence, et pourraient, sans difficultés, recevoir la qualification de devoir de réaction lorsqu'elles lui correspondent. Par ailleurs, l'incombance est une notion trop restrictive pour le fonder le devoir de réaction, lequel a vocation à embrasser des hypothèses plus variées.

B. Le rejet de l'équité comme fondement du devoir de réaction

126. Position du problème – La proximité étroite partagée entre l'équité et la bonne foi au fil des siècles[633] n'a pas manqué de conduire auteurs, législateurs et juges à entretenir une confusion entre les deux notions[634] si bien qu'il est souvent difficile de discerner précisément leurs liens et, le cas échéant, laquelle est la conséquence de l'autre. La bonne foi est parfois analysée comme un prolongement de l'équité[635], et *vice versa*[636]. Un auteur parle de l'équité

---

[631] LAITHIER Y.-M., « Incombance », *in Dictionnaire du contrat, op. cit.,* n°155, p.657.
[632] FORSIER P.-A., « Les incombances en droit positif belge – L'exemple d'une notion à bannir, » *in Liber Amicorum C. Wantiez*, 2015, Larcier, p.565, spéc., p.572 ; *adde* : TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, *op. cit*., n°119, p.159 : à propos du risque, pour le juriste, d'être tenté par l'élaboration d'un nombre excessif de catégories.
[633] ALBIGÈS CH., *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000, n°460, p.305.
[634] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°70, p.66.
[635] LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD Civ., 1946., p.83 ; BÉNABENT A., « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport français », *in La bonne foi, Journées Louisianaises*, Association Henri Capitant, Tome 43, 1994, p. 294.
[636] SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.,* n°57, p.65.

comme d'un « succédané de la bonne foi[637]» tandis qu'un autre, de la bonne foi comme « le réceptacle[638]» de l'équité. D'intuition, la connotation morale que transporte l'équité pourrait, en effet, accompagner l'idée d'un devoir de réaction du contractant dans la préservation des propres intérêts. L'idée de justice voudrait qu'un contractant qui aurait illégitimement tardé à mettre en œuvre une prérogative contractuelle pourrait la voir éteinte, malgré son exercice dans les limites du délai de prescription. C'est ainsi que raisonnent les juristes anglo-américains.

127. L'équivalent anglo-américain du devoir de réaction pour la préservation de son propre intérêt est fondé par l'équité – Le droit anglais retient une conception de la bonne foi très éloignée de celles des pays de tradition civiliste. L'absence de principe de bonne foi[639], jugé flou et incertain, empêcherait tout contractant de s'en prévaloir pour se plaindre de l'absence de réaction de son cocontractant dans la mise en œuvre de son droit. Il en va de même dans les autres systèmes de droit de *Common Law* dans lesquels, la bonne foi peut exister sans toutefois jouer le rôle qui est le sien en droit continental. Dans ces systèmes, la seule limite opposable au contractant peu réactif est l'équivalent britannique de la prescription, ou le « *statute of limitation* ». C'est ici qu'intervient la doctrine des *laches*. Cette dernière est un principe d'équité tiré de l'adage *vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*[640] destiné à sanctionner le justiciable peu diligent et défaillant à se prévaloir d'un droit en temps utile[641]. Il permet au défendeur de se prévaloir de la tardiveté avec laquelle le demandeur a mis en œuvre un droit ou une prérogative. C'est précisément en raison de son retard que le défendeur peut demander, sur le fondement de l'équité, l'extinction du droit litigieux par prescription[642]. On considère alors que le contractant a renoncé à son droit (*acquiescence*) ou s'est contredit au détriment d'autrui (*estoppel*)[643]. Ce

---

[637] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°642-7, p.519.
[638] CHAZAL J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ? », art. préc., spéc., p.115.
[639] LE GALLOU C., WESLEY S., *Droit anglais des affaires*, LGDJ, 2018, n°517, p.233.
[640] Traduction de l'auteur : « l'équité supporte le vigilant, non celui qui dort sur ses droits ».
[641] KOSHIKAWA J., "Principles of Equity in the Japanese Civil Law, The International Lawyer", Vol. 11, n°2 (spring 1977), pp. 307-317, spéc. p.316.
[642] ASHRAF R. I., "The doctrine of Laches in International Law", Virginia Law Review, Vol. 83, n°3, April 1997, pp. 647-692.
[643] LIGHTWOOD J. M., *The time limit on actions; Being a treatise on the statute of limitations and the equitable doctrine of laches,* Butterworth and co., London, 1909, réed. Forgotten Books, 2018, p.253: la doctrine des laches entretient également des liens très étroits avec l'estoppel. Les juges apprécient les laches

principe d'équité, soulevé également devant les tribunaux arbitraux internationaux[644], permet finalement de couper l'herbe sous le pied de la prescription en raison des circonstances particulièrement déloyales dans lesquelles un contractant a mis en œuvre son droit. Mieux encore, la doctrine des *laches* peut également être soulevée lorsqu'aucun délai de prescription n'est applicable[645]. Les droits de *Common Law* parviennent donc, sans avoir recours à la bonne foi, à faire peser une exigence de réactivité *via* l'équité sur les contractants particulièrement dangereuse pour eux puisqu'elle peut conduire à l'extinction du droit. L'inverse aurait été étonnant quand on sait le pragmatisme et l'efficacité économique que recherchent ces droits. Le devoir de réaction, en témoigne les droits de *Common Law*, pourrait tout à fait être fondé par le principe d'équité. Mais la place résiduelle de l'équité en droit français ne permet pas un tel raisonnement.

128. Définition et place de l'équité dans la création des devoirs contractuels en droit français – En droit positif français, une analyse plus poussée du rôle de l'équité en droit des contrats ne plaide pas en ce sens. Techniquement, l'équité peut se définir contre et pour le droit. Contre le droit, tout d'abord, puisque l'équité s'oppose au droit strict qui peut s'avérer inadapté aux circonstances particulières[646]. Pour le droit, ensuite, parce que l'équité est un supplément d'âme à la recherche de l'idée du juste dont les juges se servent pour ajuster le contenu du contrat. C'est ce que leur permettait jadis l'ancien article 1135 du Code civil dont on peut désormais retrouver le contenu au nouvel article 1194 du même code issu de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016. Ce dernier dispose que : « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Par le passé, c'est à l'aide de cet instrument que les juges ont pu découvrir des obligations qui n'avaient été ni stipulées ni voulues par les parties. Tel est le cas, par exemple, de l'obligation d'information ou de l'obligation de sécurité qui, pour reprendre le

---

au regard du comportement du contractant : soit il est présumé avoir renoncé à son droit, soit il s'est contredit dans son comportement.

[644] KING B. E., "Prescription of Claims in International", 15, Brit., Y.B., Int'l L.82, 1934; CHENG B., General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, 273-86 (1953).

[645] LIGHTWOOD J. M., *The time limit on actions; Being a treatise on the statute of limitations and the equitable doctrine of laches, op. cit*., p.252.

[646] NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en droit civil », RIDC, 1964, p.289.

bon mot de Josserand, ont permis le « forçage » du contrat[647]. Autrement dit, l'équité permet donc aux juges d'ajouter un contenu qu'ils jugent indispensable au contrat[648]. Elle permet, certes, de créer des obligations au sens juridique du terme, mais n'a qu'un rôle résiduel dans l'appréciation du comportement et dans la création des devoirs contractuels qui concernent plus directement la bonne foi. Pour reprendre les mots du Professeur Houtcieff, « si l'équité a permis d'instiller des obligations fort éloignées de la volonté des parties au creux des conventions, elle n'est jamais parvenue à évincer la bonne foi pour jouer les premiers rôles[649]».

129. Le lien qu'entretient la bonne foi avec l'appréciation du comportement empêche l'équité de fonder le devoir de réaction – Le devoir de réaction est une norme essentiellement comportementale : il impose au contractant de réagir à temps face à toute perturbation de l'ordre contractuel par l'apport d'une réponse. C'est par l'appréciation du temps de réponse, puis de la réponse elle-même que les juges vont considérer le devoir de réaction comme acquis. On le voit, l'appréciation judiciaire est essentiellement comportementale. Évidemment, l'équité peut aussi servir à l'analyse du comportement parce qu'elle prend en compte des circonstances que le droit positif n'a pas forcément prévues ; mais en réalité, l'équité va au-delà de l'analyse du comportement et s'intéresse à tout ce qui gravite autour du contrat pour compléter son contenu ou corriger l'effet de l'application d'une loi particulière. Ainsi, l'équité est un outil de correction du contrat tandis que la bonne foi est un outil d'analyse de la légitimité d'un comportement. Comme le remarquait Madame Jabbour, lorsque les juges s'attachent à vérifier la légitimité d'un comportement dans l'exécution de leur engagement, « le regard est alors posé sur l'attitude, la manière d'agir au sein de la convention et non sur la matière conventionnelle[650]». Par conséquent, le devoir de réaction découle directement du devoir de bonne foi.

II. Les fondements retenus

---

[647] MALINVAUD PH., FENOUILLET D., MEKKI M., *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°471, p.425
[648] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n°763, p.598.
[649] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit.*, n°647, p.527.
[650] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°91, p.82.

130. Annonce – La forme particulière du devoir de réaction pour la préservation de ses propres intérêts repose sur l'idée que le contractant va être sommé d'apporter une réponse par la mise en œuvre d'un droit dont l'exercice est dans son propre intérêt mais dont l'usage tardif est susceptible de causer un dommage à son cocontractant. Parce que le devoir de réaction « envers soi-même » repose sur l'usage d'un droit subjectif du contractant, sa sanction naturelle réside principalement dans l'impossibilité définitive ou temporaire de se prévaloir de ce droit. Dès lors, au regard des manifestations étudiées précédemment[651], deux fondements semblablement distincts permettent une telle sanction **(A**). D'un côté, l'aspect temporel du devoir de réaction laisse à penser que son fondement naturel réside dans la présence d'un délai juridique encadrant l'exercice d'un droit et dont le non-respect conduit à sanctionner le contractant par l'impossibilité de se prévaloir dudit droit. D'un autre côté, le devoir général de bonne foi offre de nombreuses applications qui permettent de sanctionner l'absence de réaction du contractant par l'impossibilité temporaire de se prévaloir d'une prérogative, ou *a minima,* par l'engagement de sa responsabilité. Les deux fondements du devoir de réaction envers soi-même, délais juridiques et bonne foi, bien que distinct d'un point de vue notionnel peuvent faire l'objet d'un rapprochement. Loin de constituer des phénomènes isolés l'un de l'autre, ils se recoupent dans leurs objectifs et laissent entrevoir une véritable complémentarité dans leur articulation **(B).**

A. La dissociation apparente des fondements du devoir de réaction dans leurs sources

131. Annonce – L'aspect temporel du devoir de réaction est indissociable d'une étude des différents délais qui peuvent conduire à le fonder. C'est, en effet, lorsque le temps marque de son empreinte le droit que le comportement de son titulaire exige une réactivité accrue **(1)**. Par ailleurs, le devoir général de bonne foi reste à l'origine des différents types de devoir de réaction destinés à assurer l'efficacité du contrat. Nous l'étudierons ci-après dans sa forme qui permet de sanctionner le contractant peu réactif dans la préservation de ses

[651] V. *Supra*, n°25 et s.

intérêts **(2)**. Nous esquisserons ainsi la démonstration de la complémentarité des délais et du devoir de bonne foi : le dernier prenant le relai en cas d'absence du premier.

1. Les délais-sanction dont l'irrespect conduit à l'extinction d'un droit fondent le devoir de réaction

132. Annonce – Le cœur du devoir de réaction réside dans le temps pris par le contractant pour exercer une action, pour apporter sa réponse. L'appréciation de ce laps de temps est très souvent cristallisée dans la présence d'un délai qui offre le temps de réaction. Un délai peut être défini comme « l'espace de temps à l'écoulement duquel s'attache un effet de droit[652] ». Ces effets de droit peuvent être de différente nature[653] : caducité, prescription, acceptation, forclusion, déchéance, *etc*. Pour figurer au rang des devoirs contractuels, la réactivité suppose que derrière le délai se cache l'idée, à titre principal, d'une punition, une sanction. Le devoir de réaction doit donc être rattaché aux délais qui ont pour effet de sanctionner le contractant passif, ce qui nous permettra de distinguer les délais-sanctions **(b)** après avoir évincé les délais de prescription, qui visent d'autres objectifs **(a)**.

a) Exclusion du délai de prescription

133. Opportunité du délai de prescription comme fondement du devoir de réaction – La prescription extinctive est le domaine, par excellence, de la relation qu'entretiennent les justiciables avec le temps[654]. C'est elle qui presse le titulaire d'un droit d'agir plus ou moins rapidement s'il souhaite en conserver le bénéfice. Elle se définit ainsi comme « l'écoulement d'un certain laps de temps qui fait disparaitre une action ou un droit[655]». D'évidence, la prescription est l'un des principaux vecteurs de réactivité en droit positif français,

---

[652] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° délais .

[653] ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., « Délai », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., p.455 : L'objet, la fonction et les effets de ces délais diffèrent pour chacun d'eux et la notion elle-même est délicate à appréhender ; v. également en ce sens : OUTIN-ADAM A., *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, th. préc.

[654] KLEIN J., *Le point de départ de la prescription*, th. préc., n°2, p.2.

[655] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°735, p.575.

un mécanisme certain d'incitation à la réactivité[656]: le prescrit n'est-il pas celui qui s'est montré négligent, qui n'a « généralement qu'à s'en prendre à son inertie[657]» ? L'article 2219 du Code civil ne justifie-t-il pas l'effet de la prescription par « l'inaction » de son titulaire[658] ? Dès lors, il est naturel que l'étude de l'émergence d'un devoir de réaction s'interroge sur son opportunité en tant que fondement. Qu'elle puisse insuffler de la réactivité aux relations juridiques, rien n'est moins sûr[659]. Qu'elle puisse fonder la réactivité sous la forme d'un devoir juridique et contractuel, et le doute s'installe. Un auteur remarquait en ce sens que la prescription constitue « la mort naturelle[660]» des droits : le devoir de réaction en constitue la mort provoquée.

134. Rejet du délai de prescription comme fondement du devoir de réaction – La prescription ne saurait fonder le devoir de réaction du contractant, tant pour une raison de forme que pour des raisons de fond. Tout d'abord, dire que la prescription ferait naître un devoir de réaction, sans être littéralement faux puisque tout justiciable « doit » réagir avant l'écoulement du délai de prescription, offrirait une place démesurée au sujet de notre étude qui se veut décrire un phénomène émergent et nécessairement circonscrit aux devoirs contractuels. Chaque droit renfermerait alors en lui le devoir de l'utiliser. Or, c'est précisément dans la définition du devoir que la prescription trouve ses meilleurs arguments de fond quant à son exclusion. Traditionnellement, les auteurs s'accordent à dire que la prescription poursuit deux finalités principales. La première est d'ordre probatoire et permet à la prescription de présumer un paiement par l'écoulement d'un délai. La seconde, qui nous intéresse davantage, est la poursuite de l'intérêt général cristallisé, en l'occurrence, dans l'objectif de

---

656 LAGARDE X., « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », D.2018, p.469.

657 FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations, vol.3 – Le rapport d'obligation*, 9e édition, Sirey, 2015, *op. cit*., n°478, p.407.

658 Cette définition correspond à celle retenue par le législateur dont la réforme du 17 juin 2008 est venue insérer un nouvel article 2219 du Code civil qui dispose que « la prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ».

659 BARBIER H., « De la légitimité douteuse de l'adage *specialia generalibus derogant* pour articuler les droits spéciaux entre eux », note sous Civ. 3e, 26 janvier 2017, n°15-27.580, RTD Civ. 2017 p.372.

660 POUSSON A., « Le non-exercice fautif d'un droit subjectif », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.563.

paix sociale que recherche la prescription[661]. Cette dernière éteint l'action en justice sous le poids du fait consolidé par le temps. C'est la raison pour laquelle on considère que « la prescription désigne la durée que doit posséder une situation de fait contraire au droit pour se consolider face à lui et finalement le primer[662]». L'idée de sanction, en matière de prescription n'est donc pas prépondérante. Son application ne suppose aucune faute du titulaire du droit prescrit[663]. Cette dernière n'a pas pour but de sanctionner, ce qui jure avec la notion de devoir contractuel. C'est principalement la finalité sanctionnatrice qui la distingue des autres délais qui eux[664], sont susceptibles de fonder le devoir de réaction précisément parce qu'ils ont pour objectif de sanctionner le contractant pour avoir commis une faute comportementale, celle de ne pas avoir réagi à temps.

b) Typologie des délais retenus

135. Les délais qui fondent le devoir de réaction doivent avoir pour finalité de sanctionner la passivité du contractant – La réactivité, érigée au rang des devoirs contractuels, nécessite qu'elle soit rattachée à un élément qui permette de la sanctionner. Une réaction est une réponse à une action préexistante qui, sans qualificatif, n'a pas vraiment de sens juridique. La réaction d'un contractant peut être excessive, abusive, conforme, lente ou rapide. La réaction ne peut se comprendre sans être affinée par sa finalité (l'efficacité du contrat) elle-même offrant sa teinte au type de réaction souhaitée par le droit. Ce souci d'accroître l'efficacité du contrat explique que l'absence ou la lenteur de

---

[661] BRUSCHI M., *La prescription en droit de la responsabilité civile*, préf. A. Sériaux, Economica, 1997, n°6, p.8.

[662] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., *Th. Préc*., n°509, p.373 ; BRANDAC M., *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, Economica, 1986, p.177 ;

[663] HAGE-CHAHINE F., *Contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Paris : les Cours de droit, 1988, n°21, p.22

[664] TROLONG R.-T., *De la prescription*, Paris, 1835, t. I, n°27, p.33 : « les différences entre la prescription et la déchéance n'empêchent pas qu'il y ait beaucoup de principes communs à la prescription et à la déchéance, mais je crois qu'au fond la déchéance a un caractère de pénalité plus marqué, et que c'est avec raison que la langue du droit a distingué l'une de l'autre » ; BRANDAC M., *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Th. Préc*., 1986, pp. 178-179 ; SÉVELY-FOURNIER C., Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique, préf. L. ROZÈS, Dalloz, 2010, n°59, p.99 ; TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., Droit civil, *Les obligations*, *op. cit.*, n°1764, p. 1833. J. CARBONNIER, « Notes sur la prescription extinctive », art. préc. ; FAUVARQUE-COSSON B., Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive (1), RDC 2004, n°3, p.801 ; TRESCASES A., « Les délais préfix », LPA, n°22, 30 janvier 2008, n°6. : « À la différence de la prescription, il n'est point question ici de consolider la situation d'un débiteur, mais seulement de sanctionner la négligence d'une partie à exercer des droits ».

réaction soient principalement sanctionnées par les juges. C'est la raison pour laquelle nous avons soulevé la nécessité de rattacher la réaction du contractant à un critère temporel. Ce critère temporel est, la plupart du temps, cristallisé dans un délai légal ou conventionnel qui va venir imposer au contractant une réactivité passible d'une sanction. Toutefois, tous les délais n'ont pas pour finalité de sanctionner. Le doyen Carbonnier écrivait que, dans le droit, le temps « coule par plusieurs canaux, auxquels correspondent plusieurs types de délai[665]». En effet, seuls certains délais qui parsèment le droit peuvent fonder un véritable devoir juridique. Pour ce faire, le critère principal du délai retenu doit être celui de la sanction. Seuls les délais-sanctions pourront donner naissance à un devoir de réaction. Cette qualification semble pouvoir s'appliquer à deux types de délais : les délais de forclusion et de déchéance, qui nécessiteront à la fois d'être définis puis d'être distingués.

136. L'articulation des distinctions entre prescription, forclusion et délais de déchéance dans la recherche du fondement du devoir de réaction : position du problème – Les délais de prescription, qui n'ont pas pour finalité de sanctionner l'absence de réaction du contractant, ne peuvent fonder un devoir éponyme. Reste que la prescription se distingue mal des autres délais de rigueur insusceptible de suspension et d'interruption[666] : il s'agit, notamment, des délais préfix, de déchéance et de forclusion qui, à leur tour, posent des problèmes de distinction et d'articulation. Le chantier est de taille et les constructions doctrinales nombreuses. Les forclusions peuvent se définir comme la sanction qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action qu'il n'a pas accompli dans le délai imparti[667] tandis que les déchéances correspondent à la perte d'un droit pour fraude, incurie[668] ou, en l'occurrence, non-respect d'un délai. Contrairement aux délais de déchéance, la forclusion a directement été saisie par le législateur à l'article 2220 du Code civil qui, sans prendre la peine de la définir, a simplement

---

[665] CARBONNIER J., *Droit civil : Les biens, les obligations*, *op. cit*., n°1274, p.2518.
[666] JEULAND E., CHARBONNEAU C., « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *in La prescription extinctive, études de droit comparé,* Bibliothèque de de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruylant, 2011, p.188 ; BRENNER C., « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », RDC 2008, n°4 p. 1431, spéc. p.1453 ; FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., th. préc., n°507, p.371.
[667] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit*., v° forclusion.
[668] CORNU G., *ibid*., v. déchéance

exclu la forclusion du régime de la prescription extinctive. La jurisprudence est venue ajouter que l'origine de la forclusion n'était pas nécessairement légale en consacrant la validité des forclusions conventionnelles[669]. L'essaim des délais de forclusions dans les différentes branches du droit[670] et les difficultés notionnelles entretenues par le législateur n'ont pas manqué de conduire à une « regrettable incertitude[671]» concernant la distinction de la forclusion de la prescription extinctive. En la matière, tous les auteurs sont d'accord pour distinguer les délais de prescription de ceux de forclusion, mais personne n'arrive à s'accorder sur le critère de distinction qui permettrait de les distinguer à coup sûr[672]. Plus encore, la sous-distinction des délais de forclusion de ceux de déchéance a suscité des débats de même nature.

137. La distinction fonctionnelle de la forclusion et de la déchéance – Au regard des définitions très proches des deux notions, il est possible de se demander comment et pourquoi les distinguer mais aussi, faut-il les distinguer ? Parmi les travaux doctrinaux qui se sont essayés à la distinction, deux grandes sous-conceptions semblent s'être dessinées : pour certains auteurs, les deux notions sont différentes ; pour d'autres, elles sont identiques. Commençons par les premiers. Tout d'abord, à la question de l'intérêt d'une telle distinction correspondrait des conséquences pratiques non-négligeables. Ainsi, la qualification de déchéance ou de forclusion n'entrainerait pas forcément le même régime : la forclusion, contrairement à la déchéance[673], pourrait être anéantie lorsqu'elle se révèle non méritée[674]. Une telle différence s'expliquerait, pour Madame Freleteau, en raison du point de départ objectif du délai de forclusion qui serait exclusif de toute idée de sanction. Selon elle, le point de départ du délai de

---

[669] Cass. com., 26 janvier 2016, n°14-23.285, RTD civ. 2016.238, obs. H. Barbier, JCP G 2016.365, note N. Balat. v. déjà : Com., 15 octobre 2013, JCP E 2014.1074, n°7, obs. J.-B. SEUBE ; V. *Infra*, n°258.

[670] Par exemple dans le Code civil, l'article 1622 du Code civil impose un délai d'un an sous peine de forclusion pour exercer l'action en réduction de prix ou résiliation en cas d'erreur de contenance dans une vente d'immeuble, ou encore dans le Code de la consommation à l'article L.311-37 qui impose un délai de deux ans pour agir en défaillance de l'emprunteur sous peine de forclusion. Enfin, dans le Code de commerce où l'article L.141-1 impose un délai de forclusion d'un an pour agir en nullité d'une cession de fonds de commerce.

[671] HONTEBEYRIE A., *D. Rép. Droit immobilier*., V° *Délais de forclusion*, 2016, n°43.

[672] *Ibid*.

[673] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°454, p472 : La cause subjective de la déchéance (faute) lie le juge quant à son prononcé, ce qui la distingue de la forclusion qui s'applique de manière objective.

[674] Art. 450, CPC.

forclusion s'avèrerait psychologiquement indifférent tandis que le point de départ de la déchéance correspondrait à la prise de connaissance par le sujet d'un droit dont il dispose[675]. Dès lors, le délai de déchéance correspondrait à la violation d'un devoir cependant que la forclusion aurait une neutralité beaucoup plus marquée[676]. La première fonctionnerait comme une présomption irréfragable de faute, la seconde comme une présomption simple. Dans la même veine, Monsieur Forest expose que la différence entre les deux délais résiderait dans l'exigence d'une faute : la déchéance réside dans un délai « qu'il n'est pas possible de dépasser sans commettre une faute[677]». Là aussi, l'idée de sanction serait présente dans la déchéance, qui viendrait sanctionner « le non-accomplissement d'un devoir d'agir [678]», mais inexistante dans la forclusion[679]. On le voit, à l'instar des débats doctrinaux opposant prescription et forclusion, les arguments principaux reposent sur l'idée d'une finalité sanctionnatrice. Nous tenterons, au contraire, de démontrer que forclusion et déchéance ont toutes deux pour rôle de sanctionner[680].

138. L'identité fonctionnelle des délais de forclusion et de déchéance - Cependant, la plupart des auteurs s'accordent à soutenir la thèse de l'identité des délais de forclusion et de déchéance. Pour le Professeur Balat, les délais de déchéance n'existent pas en tant que notion : il ne s'agirait que de l'effet commun des délais de prescription et de forclusion. Entre ces deux dernières, une différence de degré (la seconde étant plus rigoureuse que la première) justifierait qu'aucune forclusion ne puisse exister sans texte et, qu'à défaut, tout délai devrait être qualifié de prescription[681]: il en irait ainsi des délais de déchéance[682]. Toutefois, un tel raisonnement conduirait à considérer comme des prescriptions les nombreux « délais raisonnables » à effet extinctif qui prolifèrent en matière contractuelle. Leur appliquer le régime de la prescription conduirait à multiplier l'existence de prescriptions sans délai préalablement fixé par le législateur. Cela

---

[675] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°474, p.493.
[676] *Ibid.* ; v. également en ce sens : MOLINA L., *La prérogative contractuelle,* th. préc., n°388, p.372 : l'auteur considère que la forclusion n'a pas de connotation punitive.
[677] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., th. préc., n°507, p.371.
[678] *Ibid.,* n°508, p.372.
[679] *Ibid.*
[680] CARBONNIER J., « Notes sur la prescription extinctive », art. préc.
[681] BALAT N., « Forclusion et prescription », art. préc. ; *contra* ROUVIÈRE F., Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », RTD Civ 2017, p.529.
[682] *Ibid*.

ne manquerait pas d'aller à l'encontre non seulement de l'objectif de sécurité juridique de la prescription mais aussi contre l'esprit de ces délais raisonnables. Le délai raisonnable, par exemple, de l'action interrogatoire prévue à l'article 1123 du Code civil ne répond-il pas à un impératif d'efficacité et de fluidité des relations contractuelles qu'empêcherait le régime suspensif et interruptif de la prescription ? Dès lors, la solution serait, pour le législateur, de les qualifier expressément de forclusions, conséquemment alignées sur le régime de la déchéance. Considérer qu'un délai de déchéance est une forclusion revient alors considérer que les délais de déchéance sont identiques aux forclusions. Le Professeur Balat, qui explique fort bien que l'alternative ne puisse résider qu'entre la prescription et la forclusion[683] permet, *a fortiori*, de supprimer l'éventuelle distinction qu'il pourrait y avoir entre les délais de forclusion et de déchéances en les assimilant pleinement sous l'égide de la faute. C'est précisément ce qu'ont proposé d'autres auteurs. Ainsi, il a pu être avancé que forclusion et déchéance peuvent être indifféremment rapprochées[684]. La forclusion ne serait, dès lors, qu'une « forme particulière de déchéance pour écoulement du temps, qui correspond à l'introduction du temps dans le concept de déchéance[685]». Nous souscrivons à cette analyse pour l'étude du devoir de réaction. Si tout délai n'ayant pas de fonction probatoire a nécessairement une fonction punitive[686], reste à déterminer la faute à punir. Cette dernière est une faute comportementale. Et par conséquent, déchéances et forclusion sanctionneraient indifféremment un comportement, celui de l'absence de réaction du contractant[687]. Une telle analyse nous permet ainsi d'affirmer que la réactivité imposée par la présence d'un délai correspond à celui du devoir de réaction. C'est précisément parce que l'idée de sanction d'un comportement, et donc de faute[688], se cachent derrière ces délais qu'il est possible de raccorder ledit

---

[683] *Ibid.*

[684] CHAINAIS C., FERRAND F., MAYER L., GUINCHARD S., *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit*., n°227, p.192 ; BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc. ; TRESCASES A., « Les délais préfix », art. préc.. ; ROUVIÈRE F., « La nature juridique du délai butoir, » RTD Civ. 2019.219 ; contra : FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., th. préc., n°508, p.372 ; BOUCARD H., *L'agréation dans la vente, essai de théorie générale, th. préc.,* n°532, p.544 ; FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *th. préc*., n°474, p.493.

[685] ROUVIÈRE F., « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », art. préc., p.7.

[686] *Ibid*.

[687] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., *th. Préc*., n°508, p.371

[688] CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995, n°155 : Pour cet auteur, la déchéance serait une véritable peine privée et supposerait normalement une faute ; voir également en ce sens : SALLÉ DE LA MARRNIERE E.-S., « La déchéance comme mode

comportement à la catégorie des devoirs contractuels. D'autres auteurs ont affiné l'analyse de la faute en question. Ainsi, il a pu être proposé de considérer forclusions et déchéances comme des présomptions de faute pesant sur le titulaire du droit[689]. Encore, un autre auteur a estimé que déchéances et forclusions offraient une sanction préventive pour empêcher le préjudice que l'utilisation tardive d'un droit entrainerait nécessairement[690]. Les conséquences d'une telle identité sur le régime conduiraient à aligner celui des déchéances sur celui des forclusions : ainsi, dès lors qu'elles sont d'origine légale, les deux ne devraient pouvoir être, sauf exception, interrompues ou suspendues, mais pourraient être soulevées d'office. Des différences de régime demeurent, en revanche, lorsqu'elles sont d'origine contractuelle[691] ce qui nous empêche de retenir une identité absolue des deux notions. Ajoutons enfin qu'au-delà de la sanction, l'on retrouve les mêmes finalités chez les déchéances et les forclusions : la recherche de l'efficacité. En effet, dans les deux cas, il s'agit d'emballer le droit subjectif dans le temps pour procéder à un gain de temps et de moyens et ainsi « faire fonctionner de manière efficace le mécanisme qu'elle affecte[692]». L'identité de finalité des deux types de délais, celle de sanctionner un comportement inactif permet d'affirmer qu'ils fondent le devoir de réaction. La relation tissée entre les délais et le comportement nous amène nécessairement à diriger l'étude vers le fondement matriciel des devoirs comportementaux : le devoir de bonne foi. Mieux encore, la liaison entre les délais et les comportements nous conduit à s'interroger sur leur complémentarité.

2. Le devoir de bonne foi fonde le devoir de réaction

139. Le devoir de réaction à l'aune du devoir de bonne foi : position du problème – À ce stade du raisonnement, vouloir ériger le devoir de bonne foi comme fondement du devoir de réaction semblerait relever de l'évidence tant a été décrit son rôle matriciel dans l'émergence successive des devoirs contractuels et l'imagination dont ont fait preuve juges et doctrine à son égard. D'abord, au-delà de constituer un solide fondement au devoir de réagir pour la

d'extinction d'un droit », RTD Civ. 1933.1043, spéc. n°3. : « la déchéance résulte toujours, soit directement soit indirectement d'une faute du titulaire du droit ».

[689] SALLÉ DE LA MARNIERRE E.-S., « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », *loc. cit*.

[690] LE GARS A., *La déchéance des droits en droit privé français*, Thèse, Toulouse, 2003, n°221, p.235.

[691] V. *Infra*, n°272 et s.

[692] FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*., th. préc., n°509, p.373.

préservation de ses propres intérêts, le devoir de bonne foi soulève des questions d'actualité. Son évolution lors des dernières décennies et dans le sillage de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016 laisse entrevoir de nouvelles possibilités pour son régime et son étendue. Ensuite, le devoir de réaction peut également se loger dans certaines ramifications du devoir de bonne foi : la cohérence du comportement contractuel, en l'occurence, emporte avec elle une certaine exigence de réactivité. Enfin, à la suite de l'étude des délais-sanctions comme fondement principal de cette forme de devoir de réaction nous tenterons de démontrer que le devoir de bonne foi entretient une relation complémentaire avec ces derniers.

140. Contenu et évolution du devoir de bonne foi – Le devoir de bonne foi se définit classiquement par l'exigence d'intégrité, d'honnêteté et de loyauté qu'il fait peser sur chaque contractant[693] et par lequel un degré de morale pénètre dans les relations contractuelles[694]. Loin de n'être qu'un succédané de morale, la bonne foi est intimement liée à l'efficacité du contrat. En effet, négativement, elle impose au contractant de s'abstenir de tout comportement de nature à entraver l'efficacité de l'opération projetée par les parties ce qui recoupe la finalité du devoir de réaction. Elle constitue la boussole principale du comportement du contractant dans sa manière d'exécuter ses obligations[695], c'est-à-dire dans sa façon « d'être, d'agir et de réagir[696]». La réforme du 10 février 2016 a ouvert de nouvelles pistes. Le champ d'application de la bonne foi a été, en effet, élargi au stade de la formation, de la négociation et de l'exécution du contrat. Cette dernière est désormais inscrite dans ses dispositions liminaires, une localisation que plusieurs auteurs ont pu interpréter comme une élévation au rang de principe directeur du droit des contrats[697]. Un principe peut se définir comme une « règle

---

[693] MAZEAUD D., « Devoir de bonne foi et coopération », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°114, p.484.
[694] RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e édition, 1949, n°157.
[695] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°79 ; LE TOURNEAU PH., POUMARÈDE M., *Bonne foi – La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *in Rép. dr. civ.,* 2019, n°83 et s. ; LARROUMET C. et BROS S.*, Traité de droit civil – Les obligations, Le contrat*, T.3, Economica, Coll. Corpus, 9e éd., 2018, n°572, p.554.
[696] FAGES B., *Le comportement du contractant*, *th. préc*., n°6, p.17.
[697] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°131, p.109 ; v. déjà en ce sens : GOUBINAT M., *Les principes directeurs du droit des contrats*, dir. S. Bros, Grenoble, 2016, n°37, p. 28 ; *passim*. ; *contra* : BALAT N., « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi, op. cit., p.30 :* l'auteur considère qu'il s'agit davantage d'un principe de la politique juridique contractuelle.

juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications s'imposant avec une autorité supérieure[698]». Le devoir de bonne foi doit ainsi guider l'interprétation du comportement des parties[699] à la lumière d'une objectivité toujours plus forte. Traditionnellement, la bonne foi est rattachée à l'idée de morale, et beaucoup d'auteurs soulignent son appréciation subjective tandis que d'autres avancent au contraire qu'elle s'apprécie *in abstracto*, du point de vue d'un homme raisonnable[700]. S'il s'agit d'un principe, cela va nécessairement conduire les juges à adopter une appréciation des comportements selon un certain nombre de standard facilement observables. En ce qui nous concerne, le temps sous la forme d'un délai préfix, raisonnable ou implicite doit guider le plus objectivement possible le juge dans son appréciation de la bonne foi lorsque cette dernière porte sur l'absence de réactivité du contractant. Quoi qu'il en soit, cet élargissement considérable du domaine de la bonne foi laisse présager d'une matrice toujours plus féconde pour les devoirs contractuels.

141. Les applications multiples du devoir de bonne foi – Législateur, juges et doctrine s'accordent à décliner la bonne foi en autant de devoirs particuliers dont les portées sont plus ou moins générales et circonstanciées[701]. Parfois, un devoir issu de la bonne foi s'autonomise au point de devenir une obligation à part entière : ainsi en est-il allé de l'obligation d'information[702]. D'autres fois, la jurisprudence reprend expressément certains devoirs imaginés par la doctrine : citons alors le devoir de loyauté, de renégocier ou encore de coopérer qui rayonnent au-delà du contenu contractuel obligatoire[703]. Les devoirs issus de la bonne foi ont en commun de suivre toujours le même

---

[698] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° principe.
[699] CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.,* n°110, p.99.
[700] CORNU G., *Regards sur le titre III du livre III du Code civil, Paris : les Cours de droit*, 1977, p. 290 : « La bonne foi n'ouvre pas à l'arbitraire judiciaire dès lors qu'on la définit objectivement, comme le suggère la doctrine, « par référence aux usages, à une règle de comportement, ou même à l'évidence du bons sens. » ; LARROUMET C. et BROS S.*, Traité de droit civil – Les obligations, Le contrat*, T.3, *op. cit*., n°83, p.64 : « Elle correspond à un standard de comportement apprécié objectivement et sans scruter les consciences. En réalité, elle s'identifie à la loyauté. Par conséquent, son appréciation se fait in abstracto par rapport au comportement qu'aurait un homme raisonnable et loyal placé dans la même situation ».
[701] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., n°830, p.455
[702] FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, *essai d'une théorie*, th. préc., n°56, p.47.
[703] THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p.357 ; ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ., 1999, p.771 ; v. déjà : MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ., 1986, p.101.

procédé. Reflets d'une nécessité d'époque, ils se confondent d'abord avec la bonne foi tout en insistant sur un comportement et finissent par s'autonomiser dans leurs définitions comme dans leurs sources[704]. Le devoir de réaction partage avec eux cette identité, celle d'avoir la même source tout en puisant dans chacune de ses ramifications. Il est autonome tout en étant un outil : il s'en distingue car il insiste sur le comportement particulier qu'est la réactivité mais s'y mêle car il participe de la finalité commune que sont la justice et l'efficacité contractuelle. Fondé par la bonne foi, le devoir de réaction pour la préservation de son propre intérêt va prêter une attention particulière à la manière de réagir du contractant, c'est-à-dire à l'absence ou la lenteur de réaction de celui-ci. Le problème est plutôt de savoir si le devoir de bonne foi peut servir à sanctionner un contractant qui s'abstiendrait de mettre en œuvre en temps utile un droit ou une prérogative qui, pourtant, est dans son intérêt exclusif. Une telle appréciation est tout à fait possible. La définition même de la bonne foi porte en elle les éléments permettant de sanctionner un défaut de réactivité. Les nombreux actes positifs et diligences qu'impliquent la bonne foi[705] ne laissent aucun doute sur sa capacité à canaliser la réactivité dans les relations contractuelles[706]. Concernant la sanction, une prérogative contractuelle peut être sanctionné par sa neutralisation dès lors qu'elle ne porte pas sur la substance de la créance, auquel cas des dommages et intérêts lui sont préférés[707]. Sur le fondement de ce devoir de réaction chimiquement pur, des contractants ont pu être sanctionnés pour ne pas avoir réagi à temps dans la préservation de leurs intérêts, causant ainsi un préjudice à leur cocontractant[708]. C'est ainsi que des clauses résolutoires ont pu être paralysées sur le fondement de

---

[704] BARBIER H., « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », RTD Civ. 2019, p.570, note sous Cass. Com., 27 mars 2019, n°17-22.083 ; D.2019.692 ; AJ Contrat 2019.295, obs. F. Buy et J.-C. Roda ; Cass. Com., 19 juin 2019, n°17-29.000, inédit ; Cass. Com. 7 mai 2019, n°17-17.366, inédit.

[705] DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, t. VI, Rousseau, 1925, n°13 ; également HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit.*., n°641, p.447 » ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°218, p. 175.

[706] BARBIER H., « Rapport de synthèse », in. *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *art. préc.*, p.69 ; *adde* BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc., p.856.

[707] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages ; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; FAGES B., *Droit des obligations*, op. cit., n°281, p.241.

[708] Cass. Civ. 3e, 27 mars 1991, n°89-18.600, Bull. Civ. III, n°102, RDI 1991.488, obs. J-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin, D.1991, IR.118. Civ. 3e, 22 mai 1984, RDI 1985.164 : l'acquéreur resté inactif pendant le délai d'un mois ne peut plus faire obstacle au prononcé de la résolution du contrat

l'absence de réaction[709]. Toutefois, des déchéances ont également pu être prononcées à la suite de l'apparence d'une renonciation de la part du contractant inactif[710]. Cette dernière hypothèse soulève la question de la place de cette forme de devoir de réaction dans les ramifications de la bonne foi, notamment de l'exigence de cohérence qu'elle impose.

142. Le devoir de réaction du contractant pour la préservation de ses propres intérêts se loge également dans l'exigence de cohérence - En miroir de ce qu'il implique en présence d'un délai, le devoir de réaction est intimement lié à la loyauté qui irrigue toute définition de la bonne foi en prohibant un comportement dual[711]. C'est précisément cette loyauté, écrivait le Professeur Laurent Aynès, qui impose et fonde l'exigence pour le contractant d'adopter une « attitude cohérente, une unité de comportement, qui permettent à autrui de déterminer avec confiance sa propre conduite[712]» La dualité fait ainsi figure d'antithèse de la loyauté en ce qu'elle a de plus fondamental : la recherche de la sécurité juridique du contractant. C'est ici que nait le devoir de cohérence. Certains auteurs considèrent toutefois que le devoir de bonne foi n'est pas son seul fondement[713] ou bien n'est pas le fondement direct du devoir de cohérence en matière contractuelle qui serait un principe distinct[714]. Sans doute la consécration de la bonne foi en principe du droit des contrats contribuerait à objectiver son appréciation et rassembler la bonne foi et la cohérence sous une même bannière

---

[709] Cass. civ. 1ère, 31 janvier 1995, n°92-20.654 ; Cass. civ. 3ème, 18 octobre 1989, n°99-11.336 ; Cass. civ. 3ème, 11 mai 1976, n°75-10.854

[710] Cass. soc., 13 juillet 1989, n°86-43.113 : l'employeur n'a pas réagi face un comportement fautif d'un employé ; Cass. civ. 3e, 26 janvier 1976, JCP 1976, IV, p.367 : d'un bailleur qui ne réagit pas face à l'exercice d'une activité commerciale dans le local loué ; Cass. Civ. 1ère, 3 février 2010, n°08-21.288, Bull. 2010, I, n°25 : d'une partie à l'arbitrage qui n'aurait pas soulevé, en temps utile, une irrégularité de procédure.

[711] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°99, pp.92-93.

[712] AYNÈS L., « L'obligation de loyauté », APD, n°44, 2000, p.197 ; voir également en ce sens : ATIAS CH., « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », D.1995, p.125 : « en adoptant un comportement incohérent, le banquier, l'employeur déjouent et déçoivent les anticipations qu'ils avaient fondées et rendues légitimes. »

[713] BEHAR-TOUCHAIS M., « Les autres moyens d'appréhender les contradictions légitimes en droit des contrats », art. préc.

[714] Pour le Professeur Dimitri Houtcieff, le devoir de cohérence est issu d'un principe général de cohérence en matière contractuel qui se distingue de la bonne foi en ce qu'il repose sur des bases plus objectives : HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°653, p. 641 ; HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* tome II, thèse préc., n°874 et s. ; maintenu dans HOUTCIEFF D., « Le principe de cohérence : vingt ans après », *Mélanges Jacques Mestre*, LGDJ, Lextenso, 2019, p.533 et s.

qui jouera le rôle de principe correcteur[715]. Une consécration qui laisse à penser que la bonne foi serait le fondement principal du devoir de cohérence[716] ce que confirme la jurisprudence à ce sujet[717]. Dans les affaires où se mêle le devoir de cohérence, une situation semble tolérée, une modification acceptée ou une prérogative abandonnée : par exemple, l'inaction prolongée du contractant face à telle ou telle situation va pervertir les attentes légitimes de son cocontractant. Son réveil soudain donnera à son comportement des allures de volte-face, de dualité et donc d'incohérence[718]. Le devoir de réaction se distingue de la cohérence en ce sens que ne pas réagir n'est pas nécessairement incohérent. L'absence de réaction peut donc être sanctionnée *per se*, mais aussi lorsqu'elle est source d'incohérence. Celui qui a volontairement décidé de ne pas réagir à un dysfonctionnement en laissant croire à son cocontractant qu'il s'en accommodait doit être sanctionné. La doctrine parle alors d'une « renonciation » aux torts du contractant peu réactif. Derrière la renonciation se cache en réalité la sanction d'une faute[719]. Pierre Godé avait raison d'affirmer que « trouver dans la passivité la source d'une renonciation revient à attribuer un effet juridique à un fait qui n'est pas la volonté[720]». Il ne s'agit pas de volonté, mais de la sanction d'un comportement. Dans le fait qu'est la passivité, c'est finalement moins la volonté ou la renonciation qu'il faut rechercher que le respect ou non d'un devoir de réaction dissimulé dans un délai ou dans le contenu de la bonne foi. Dès lors que sa passivité fera naître une croyance légitime dans l'esprit de son cocontractant, le contractant sera sur le point de commettre une faute : celle de ne pas avoir réagi à temps pour rectifier la

---

[715] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit.*, n°653, p.641: un principe directeur est un comportement imposé par la jurisprudence qui ne peut être rattaché ni aux obligations légalement contractualisées ni à celles imposées par la loi, l'usage ou l'équité.

[716] La plupart des arrêts rendu à propos du devoir de cohérence le sont « sous couvert législatif de bonne foi » v. en ce sens : v. en ce sens. FAGES B., *Le comportement du contractant*, *th. préc*., 1997, n°644, p.328 ; FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *th. préc*., n°325, p.340. Par ailleurs, certains auteurs n'émettent aucun doute à ce sujet : v. par exemple : TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., Droit *civil, Les obligations*, *op. cit.,* n°598, p.676 : « L'obligation de loyauté impose enfin au créancier de faire preuve d'une certaine cohérence dans son comportement ».

[717] MESTRE J., « Bonne foi et cohérence du comportement », RTD Civ. 2005.391, Note sous Com. 30 novembre 2004, n°02-10.286, Bull. Joly., 2005.379, note P. Mousseron ; Com. 8 mars 2005, n°02-15.738, D.2205.883, obs. X. Delpech ; Civ. 1ère, 1er mars 2005, 03-10.456, D.2005.888, obs. C. Rondey.

[718] L'absence de réactivité n'est qu'une illustration possible du manquement au devoir de cohérence du contractant, v. en ce sens les mille autres exemples proposés par l'auteur parmi lesquels l'absence de réactivité figure : HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* tome II, *th. préc*., n°877 et s., p. 685 à propos de Cass. Civ. 1ère, 8 avril 1987, Bull. III, n°88, JCP. 1988.II.21037, note Y. Picod, RTD Civ., 1988.145.

[719] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant », art. préc.

[720] GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, th. préc., p.113.

croyance qu'il a fait naître dans l'esprit de son cocontractant[721]. C'est la raison pour laquelle la déchéance vient le plus souvent frapper le contractant peu réactif. En conclusion, l'absence de réactivité d'un contractant dans la préservation de ses propres intérêts peut être sanctionnée sur le fondement du devoir de bonne foi lorsque son inertie est préjudiciable mais également dans le cadre de son devoir de cohérence lorsque son inaction induit en erreur son cocontractant. Dans les deux cas, le temps excessivement long qu'a pris le cocontractant pour réagir est à l'origine de son manquement au devoir général de bonne foi. Dans cette dernière hypothèse, le juge apprécie la légitimité du temps de réaction, ce qu'il n'a pas besoin de faire lorsqu'un délai légal ou conventionnel préexiste à la situation litigieuse.

143. Le rôle complémentaire du devoir de bonne foi par rapport aux délais-sanctions – Le devoir de réaction du contractant pour la préservation de son propre intérêt est principalement fondé par la présence d'un délai-sanction attaché à la prérogative ou au droit tardivement utilisé et dont le contractant est déchu. Un délai permet de cristalliser le comportement exigé du contractant. Lorsqu'aucun délai n'a été prévu par le législateur ou les parties, les contractants disposent d'une plage temporelle légalement indéfinie qui trouve ses seules limites dans l'exigence de bonne foi. Cette dernière n'opère finalement que lorsque le délai est absent en prenant leur relai. En raison de la sévérité exceptionnelle de la déchéance d'un droit, les juges ont strictement encadré les sanctions découlant du devoir de bonne foi. L'arrêt *Les Maréchaux* du 10 juillet 2007 autorise ainsi la sanction de l'usage déloyale d'une prérogative contractuelle par la déchéance de cette dernière mais interdit aux juges de porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties[722]. Dès lors qu'une clause contractuelle porte sur la substance de la créance, les juges ne peuvent prononcer une déchéance et doivent impérativement lui préférer des dommages et intérêts. Se dessine alors une véritable continuité entre ces

[721] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit.*, n°639, p. 445 : Une clause résolutoire peut ainsi être privée d'effet si le créancier s'en prévaut de mauvaise foi, par exemple en réclamant brusquement son application alors qu'il s'en est abstenu pendant une longue période.
[722] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages ; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit.*, n°281, p.241.

fondements qui, loin de fonctionner de manière séparée, se complètent. Fondements et sanctions s'articulent selon la gradation suivante : cette forme du devoir de réaction est sanctionnée par la déchéance lorsqu'elle est rattachée à un délai prévu par la loi ou le contrat ; lorsqu'aucun délai n'est présent, les juges peuvent prendre le relai en prononçant la déchéance dès lors qu'il s'agit d'une prérogative contractuelle. Dans tous les autres cas, c'est la responsabilité civile contractuelle qui s'applique. Cette continuité dans le régime nous pousse à approfondir la question des liens que peuvent entretenir délais-sanctions et devoir de bonne foi.

B. La similitude des fondements du devoir de réaction dans leur finalité

144. Position du problème – Nombreux sont les cas de fin de non-recevoir dans les procès pour sanctionner une absence de réaction. Ailleurs, un délai légal ou contractuel non respecté conduit à la déchéance d'un droit tandis qu'ici et là, l'usage déloyal d'une clause contractuelle vient la neutraliser. Dans tous les cas, le contractant est confronté à l'impossibilité de se prévaloir du droit qu'il aurait dû promptement mettre en œuvre. Loin de consister en des phénomènes isolés et indépendants, délais et bonne foi agissent de concert et font simplement voir les mêmes eaux à des rivages différents. La similitude des comportements exigés, des finalités poursuivies et des sanctions prononcées conduit à se demander si en matière contractuelle du moins, la bonne foi ne continuerait-elle pas, dans les limites de ses sanctions, ce que les délais ont institué, c'est-à-dire un devoir de réaction basé sur la temporalité et dont la méconnaissance conduit à l'impossibilité pour le contractant de se prévaloir du droit qui en constitue l'objet ? Les délais sont-ils des outils de prévention d'un comportement de mauvaise foi ? Les délais (sanctionnateurs) sont-ils fondés sur la bonne foi ? Sont-ils seulement complémentaires ou entretiennent-ils une relation plus étroite ? Si la réponse est positive, le régime du devoir de réaction en sera unifié et perfectionné. En effet, s'il arrive à être démontré que le délai est un outil de prévention de la mauvaise foi et que la bonne foi prend le rôle du délai précisément parce que ce dernier en est un avatar, l'appréciation de l'absence de réaction du contractant sera grandement facilitée : elle se calquera sur le régime juridique des délais.

145. Fonction préventive du délai et fonction réactive de la bonne foi – Les délais-sanctions et le devoir de bonne foi peuvent tout deux faire naître un devoir de même nature précisément parce qu'ils poursuivent la même finalité. L'efficacité de l'opération contractuelle est, en effet, au cœur de la définition de la bonne foi[723] et l'on a pu se rendre compte que les délais-sanctions sont aussi un puissant vecteur de réactivité et de fluidité sans lesquels des lenteurs excessives nuiraient au contrat[724]. La liaison du devoir de bonne foi avec les délais-sanctions repose sur l'idée suivante : la présence d'un délai aurait pour finalité de prévenir le comportement de mauvaise foi d'un contractant en cristallisant un laps de temps à l'écoulement duquel le contractant serait nécessairement considéré comme étant de mauvaise foi. Un délai prévient donc les conséquences de l'absence de réaction du contractant en neutralisant l'instrument de la faute par la sanction particulière qu'est la déchéance. Une sanction préventive n'est possible que lorsqu'il y a certitude juridique du dommage[725] : l'action hors-délai du contractant causerait nécessairement un préjudice. Un exemple issu du droit des assurances démontre immanquablement le lien entre la déchéance et l'existence d'un préjudice. Un texte impose à l'assuré de déclarer son sinistre rapidement sous peine d'être déchu de son droit à garantie. Lorsque ce délai a été stipulé dans une clause du contrat d'assurance, la déchéance ne frappe l'assuré que si et seulement si l'assureur arrive à démontrer que ce retard lui a causé un préjudice[726]. Le lien tissé entre la déchéance et la prévention du préjudice est frappant. Lorsque le contrat est déséquilibré, la partie forte qui souhaite obtenir la déchéance postérieure à l'écoulement d'un délai doit démontrer que l'inertie de l'assuré lui a vraiment causé un préjudice : non pour engager la responsabilité de l'assuré mais simplement pour le déchoir de la mise en œuvre du droit qui lui causerait un préjudice. Ce rôle n'est rendu à la bonne foi qu'en l'absence de délai : c'est alors elle qu'elle intervient, *a posteriori*, pour sanctionner le contractant peu réactif par la déchéance ou, à défaut, par la responsabilité civile. Appréhender les délais sanctionnés par la déchéance comme des outils destinés à prévenir un comportement illicite n'est pas une idée nouvelle. Un auteur a très tôt considéré

[723] V. *Supra*, n°139.
[724] V. *Supra*, n°135.
[725] SINTEZ C., *La fonction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préf. C. Thibierge et P. Noreau, Dalloz, 2011, p.242.
[726] Art. L.113-2, Code Ass.

qu'une déchéance constituait une sanction préventive[727]. Plus récemment, Madame Luxembourg a caressé l'idée dans sa thèse consacrée à la déchéance des droits. Elle explique qu'une telle sanction permettrait de « canaliser la vitesse de réaction des acteurs économiques[728]» en ayant pour fonction principale de « prévenir les troubles que cet ordre est susceptible de subir du fait de l'inaction et de la négligence des intéressés[729]». La déchéance attachée au délai-sanction permet ainsi de prévenir les conséquences du comportement déloyal du contractant par « l'effacement total du comportement manifesté par le contractant[730]». Tous ces délais ont, par la nature même de leur sanction, celle de l'impossibilité de se prévaloir du droit enserré dans le délai, un aspect proactif sinon préventif. Une déchéance issue d'une forclusion empêche que le comportement tardif du contractant ne vienne mettre en péril les prévisions du contrat et par-là même, celles du cocontractant. En imposant un comportement réactif, les délais souhaitent éviter l'exact contraire du comportement qu'ils imposent : l'inaction source d'incohérence, de lenteur fautive, de déloyauté. Or, le délai force le contractant à la cohérence, à la réactivité, à la loyauté en l'empêchant de se prévaloir du droit préjudiciable une fois dépassé le laps de temps. Ce n'est qu'en l'absence de délai que la bonne foi revient sanctionner ces mêmes comportements. C'est la raison pour laquelle il est possible de se poser la question suivante : les délais ne sont-ils pas construits, fondés par le devoir général de bonne foi ?

146. Les délais-sanctions sont-ils fondés sur le devoir de bonne foi ? – Le devoir de réaction traverse les délais-sanctions pour rejaillir dans le devoir de bonne foi. Difficile, dès lors, de ne pas y voir une liaison qui dépasse la simple complémentarité. Un tel constat soulève la question du fondement du

---

[727] LE GARS A., *La déchéance des droits en droit privé français*, th. préc., n°221, p.235

[728] LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, th. préc., n°1060, p.390

[729] LUXEMBOURG F., *loc. cit. ;* voir également en ce sens *:* FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, th. préc., n°313, p.327 : l'auteur considère que la finalité des incombances (et des déchéances) serait de prévenir l'abus en matière contractuelle. Nous sommes en désaccord avec la question de l'abus mais en accord avec la fonction préventive de la déchéance : v. à ce propos : *Supra* n° 145 ; Madame Luxembourg expose également que la déchéance n'a pas pour finalité de prévenir un abus : LUXEMBOURG F., *loc. cit*, n°697, p.276 : Parce qu'une incombance constitue une condition d'exercice d'un droit et que sa mise en œuvre a pour but de conserver l'exercice d'un droit, cela empêche de considérer que le manquement à une incombance puisse être dans le seul dessein de nuire à autrui. Pour Madame Fanny Luxembourg, la déchéance n'a pas pour finalité de prévenir un abus.

[730] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., n°602, p.684.

délai, sa raison d'être au-delà de ses effets. Les délais créent une norme comportementale souhaitée par la bonne foi et concourent à sa mise en œuvre. Ils sont un laps de temps pendant lequel le contractant est assuré d'être de bonne foi. Le temps est ici au service du devoir général de bonne foi. Pour s'en convaincre, procédons par analogie avec le droit processuel qui connaît mieux les délais que tout autre. En ce domaine, le mécanisme d'irrecevabilité consécutive au non-respect d'un délai processuel est reconnu comme étant inhérent au bon exercice des droits de la défense et au principe de loyauté processuelle qui rejailli dans tous les délais qui jalonnent le temps du procès[731]. Le temps est ici au service d'un principe[732]. Mieux encore, la consécration de l'estoppel en droit processuel participe directement au principe de loyauté[733]. L'on assiste à un dialogue entre les délais de procédure qui neutralisent un mauvais comportement et un principe qui vient le corriger. Les premiers sont déterminés à la lumière du second. Le raisonnement n'est-il pas transposable au droit des contrats ? Les délais dont le non-respect est sanctionné par la déchéance ne sont-ils pas construits pour servir l'équivalent processuel du principe de loyauté qu'est la bonne foi en matière contractuelle ? Nous avançons l'idée qu'en la matière, les délais sont directement fondés par la bonne foi. Le délai permet de fixer objectivement la norme comportementale : réagir dans le délai fige la bonne foi, la réactivité ou la cohérence du contractant. Le législateur décide pour chaque situation et lorsque cela est possible, à partir de quel moment le contractant va se comporter de mauvaise foi dans le cas où il déciderait de réagir et causerait immanquablement un préjudice à son cocontractant. Sa tâche est ardue car le *quantum* du délai doit trouver un juste équilibre entre, d'une part, le laps de temps objectivement

---

[731] COUR DE CASSATION, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel, 2014, p. 230 : « L'irrecevabilité tirée du non-respect du temps « utile » inhérent à l'exercice des droits de la défense : Les principes de la contradiction et de la loyauté présentent une dimension non seulement matérielle, mais également temporelle. Bien souvent, les moyens de défense ne pourront être présentés dans le respect des droits de la défense que s'ils sont produits en temps utile. »

[732] MOTULSKY H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, tome 2, p.175 ; adde : MOTULSKY H., *Écrits de procédure civile*, Dalloz, 1973, réed. Dalloz 2002, p.60 et s., spéc. p.70

[733] GUINCHARD S., CHANAIS C., FERRAND F. et MAYER L., *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, *op. cit*., n°380, p.299 : à propos de l'estoppel : « on voit ainsi émerger en droit français une technique d'irrecevabilité fondée sur l'idée plus générale de loyauté dans le pouvoir d'agir en justice ». ; v. également : COUR DE CASSATION, *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc., p.230 : La manière dont la Cour de cassation a accueilli l'estoppel traduit cette préoccupation, plus manifeste encore dans la consécration, en droit de l'arbitrage, de la présomption de renonciation à se prévaloir d'une irrégularité que l'on s'est abstenu d'invoquer en temps utile.

nécessaire à un contractant pour avoir le temps de réagir et, d'autre part, le temps qu'il faut au cocontractant pour légitimement penser que l'autre partie a renoncé à son droit et subir un préjudice du fait de sa tardive mise en œuvre. Le délai a donc pour fonction de priver d'effet le mauvais comportement d'un contractant. Il vient poser une présomption de déloyauté dans le comportement du contractant et le sanctionne en supprimant l'instrument de sa faute, c'est-à-dire son droit. Le préjudice est ainsi évité. Si le droit pénal avait le pouvoir de faire disparaitre le poignard de la main de l'assassin, il s'en servirait probablement. C'est en substance ce que fait le droit des contrats. D'une part, les deux notions se ressemblent dans ce qu'elles sanctionnent : l'absence de réaction du contractant dans la préservation de ses intérêts dont l'inertie causerait un préjudice au cocontractant. La présence d'un délai n'a pas d'autre utilité et la bonne foi, comme il a été dit précédemment, peut parfaitement être la source de la sanction d'un tel comportement. Le fait justificatif d'une déchéance réside dans la violation d'un devoir[734] et ces derniers tirent leurs sources de la bonne foi. D'autre part, sanctionner l'absence de réaction du contractant revient à concourir à l'efficacité du contrat : c'est la finalité partagée des deux notions. Nous l'avons vu, le délai juridique interdit à un contractant de mettre en péril le contrat du fait de son inertie. Le devoir de bonne foi, de son côté, s'il exhorte à une moralisation des comportements, porte son attention première sur l'efficacité[735] et est très souvent borné par elle. Le Professeur Genicon l'affirme avec force, « le devoir est adjoint au contrat en lui attribuant une finalité précise : permettre le plein accomplissement de son objet[736] ». Les délais partagent une identité de sanction et de finalité avec la bonne foi : le devoir de réaction est l'outil de la bonne foi dans sa recherche d'efficacité temporelle. Il concentre en lui les logiques du délai juridique et la flexibilité de la bonne foi, permettant ainsi de légitimer la lutte contre toutes les situations dans lesquelles un contractant va faire preuve d'inertie.

---

[734] JAOUEN M., « Déchéance », *in Le dictionnaire du contrat, op. cit.,* p.450.

[735] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n°128, p.163 : « La contrainte comportementale qu'implique la bonne foi est moins affaire de morale que poursuite de l'utilité du contrat. » ; FAGES B., *Le comportement du contractant*, thèse préc., n°x : « Les exigences comportementales du contractant doivent être tournées vers l'efficacité du contrat » ; MALAURIE PH., AYNÈS L., *Droit des obligations*, *Op. Cit*., n°459, p.256 : « La bonne foi implique ensuite souvent un devoir d'initiative, de coopération ou de collaboration, afin de permettre une exécution efficace du contrat ».

[736] GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007., n°288.

147. Vérification par l'exemple – Pour appuyer cette affirmation, prenons quelques exemples tirés du droit positif dans lesquels un délai est légalement prévu (fixé ou adossé à un standard) sous peine de déchéance. Nous verrons qu'en supprimant ledit délai, le comportement du contractant pourra sans peine être considéré de mauvaise foi, cette fois sur le fondement de l'article 1104 du Code civil. Par exemple, l'article 39 de la CVIM dispose en substance que l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité s'il ne le dénonce pas au vendeur dans un délai raisonnable. Imaginons la même situation, en supprimant la disposition de la CVIM concernant le délai raisonnable. L'acheteur constatant un défaut de marchandise qui réagirait tardivement s'exposerait à l'engagement de sa responsabilité ou à la paralysie de son droit à la suite d'une action du vendeur sur le fondement de la mauvaise foi. C'est très exactement ce que prévoient les principes Unidroit, corpus de règles anationales ayant vocation à unifier et régir le droit des contrats commerciaux internationaux[737]. En leur sein, aucune disposition ne prévoit de délai de dénonciation du défaut de marchandise similaire aux règles issues de la CVIM. Pourtant, les rédacteurs ont tout à fait prévu l'hypothèse mais ont simplement choisi de la ranger sous l'article 1.7, disposant que « les parties sont tenus de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international ». L'exigence de dénonciation en temps utile du défaut de marchandise, consubstantielle à la bonne foi dans le commerce international et source de déchéance[738], retombe ainsi sous l'empire de celle-ci lorsqu'aucun article spécial ne l'enserre dans un délai. À travers cet exemple, il est possible de déceler la filiation de la bonne foi et du délai-sanction, ce dernier se détachant de la première pour cristalliser une plage temporelle à la fin de laquelle le contractant se constitue immanquablement de mauvaise foi. L'on voit bien ici la symétrie entre les deux notions, démontrant que le fondement du délai-sanction réside dans la bonne foi et expliquant que cette dernière vient prendre le relai dès lors qu'aucun délai n'est prévu, tel un retour à la source, agissant sur la même logique pour apprécier l'absence de réaction du contractant et lui faire produire un effet de déchéance. Le

[737] ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M., *Droit des contrats internationaux, op. cit*., n°528, p.453

[738] UNIDROIT, *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, 2016, p.71 : commentaire sous l'article 1.7, V. 3°, « Bonne foi dans le commerce international », spéc. Illustration n°7, p. 21.

raisonnement s'applique à toutes les situations équivalentes : une partie à l'arbitrage qui tarderait à soulever une irrégularité de procédure, même sans l'article 1466 du Code de procédure civile, se verrait sanctionner sur le fondement du devoir de bonne foi, à l'instar du bénéficiaire d'un pacte de préférence qui aurait excessivement tardé à répondre à une action interrogatoire. Lorsqu'aucun délai n'est prévu, l'on voit que c'est finalement le devoir de bonne foi qui prend le relai pour fonder un devoir de réaction. Dans ce cas-là, le contractant est autorisé à user de son droit mais sa mauvaise foi lui imposera de payer des dommages et intérêts qui illustreront les conséquences de l'utilisation tardive d'un droit. La bonne foi vient finalement sanctionner ce que les délais n'ont pu prévenir : leur logique se poursuit sans leur support.

Paragraphe second : Les sanctions du devoir de réaction tourné vers la préservation de son propre intérêt

148. Annonce – La construction du régime du devoir de réaction du contractant pour la préservation de ses propres intérêts passe nécessairement par le passage en revue des sanctions de son manquement. Celles-ci se peuvent se classer selon leur gradation : les sanctions principales, qui conduisent à l'impossibilité de se prévaloir du droit objet du devoir de réaction, **(I)** et la sanction résiduelle qu'est la responsabilité civile contractuelle **(II)**.

I. La sanction principale : l'impossibilité de se prévaloir d'un droit

149. L'impossibilité totale de se prévaloir d'un droit résulte de la déchéance qui frappe son titulaire – La déchéance est la sanction idoine du devoir de réaction du contractant dans la préservation de son propre intérêt. Elle permet de sanctionner ce dernier par la perte du droit qu'il a tardé à soulever tout en supprimant les effets que sa mise en œuvre aurait causé. La déchéance, du latin *decadere* qui est à rapprocher du verbe tomber, signifie la « perte, d'un droit d'agir (ou du bénéfice d'un acte) qui frappe celui qui ne fait pas les diligences nécessaires dans le délai requis[739]». La déchéance est une notion aussi évocatrice

[739] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.297, v° déchéance.

qu'ambivalente que l'on rencontre dans tous les domaines du droit. La loi prévoit ainsi des déchéances dans des domaines très éloignés du droit des contrats : déchéances de nationalité[740], d'autorité parentale[741] ou encore de mandat parlementaire[742]. C'est la raison pour laquelle elle fut très tôt classée dans la catégorie des notions « dont l'utilisation est inversement proportionnelle à la compréhension[743]». Encore aujourd'hui, systématiser et unifier la notion de déchéance semble tâche impossible tant ses manifestations sont variées et ses occurrences disparates[744]. Le législateur n'est pas d'une grande aide puisqu'il ne propose aucune définition et instaure parfois des déchéances sans les nommer. Cantonner l'étude de la déchéance au droit des contrats n'est pas plus aisé. La réforme du droit des contrats du 10 février 2016 est, de son côté, restée silencieuse quant à la déchéance alors qu'elle n'a pas hésité à l'utiliser régulièrement : en témoigne le défaut de réponse en temps utile à l'action interrogatoire de l'article 1123 du Code civil qui déchoit le bénéficiaire de son droit de préemption, de l'exercice d'une exception d'inexécution anticipée que l'article 1220 adosse à une notification dans les meilleurs délais sous peine de ne pas pouvoir s'en prévaloir ou de l'article 1305-5 qui prévoit que la déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés. La déchéance est avant tout un effet attaché à la violation d'un devoir comportemental attaché à un droit. Une forclusion[745], par exemple, impose au contractant d'être réactif et a pour effet[746] de déchoir le droit auquel elle est attachée. Si elle semble s'imposer d'évidence à cette forme particulière du devoir de réaction, la déchéance n'en reste pas moins une sanction à la dimension punitive marquée par sa sévérité puisqu'elle conduit à la perte d'un droit et doit faire l'objet de certaines limites. Dès lors que la déchéance porte sur un droit et non une prérogative, nous pensons qu'une déchéance doit avoir été obligatoirement prévue par un texte ou une clause contractuelle. Les effets de la déchéance peuvent ensuite être adoucis par le

---

[740] HENNETTE-VAUCHET, S., ROMAN D., *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, 3ème éd., Dalloz, 2017, N°763, p.560.
[741] TERRÉ F., FENOUILLET D., GOLDIE-GENICON CH., *La famille*, Précis, Dalloz, 9e éd., 2018, n°99, p.91.
[742] FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., MESTRE J.-L., *Droit constitutionnel*, Précis, Dalloz, 2021, n°433, p.362.
[743] SAUTEL O., « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D.1999.487.
[744] JAOUEN M., « Déchéance », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°107, p.449
[745] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.297, v° déchéance.
[746] BALAT N., « Forclusion et prescription », art. préc.

mécanisme de la déchéance partielle. Dans cette hypothèse, seule une partie du droit litigieux sera concernée par la déchéance. Il s'agit là d'une forme de déchéance particulièrement répandue en droit de la consommation et des sûretés. Par exemple, l'article L.341-5 du code de la consommation dispose que le prêteur qui ne respecte pas son obligation d'information peut être sanctionné par une déchéance du droit aux intérêts « dans la proportion fixée par le juge, jusqu'à un montant ne pouvant excéder 30% des intérêts, plafonné à 30 000 euros ». Autre exemple, l'article L.313-22 du code monétaire et financier qui impose aux établissements de crédit ou aux sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise dont la caution est une personne physique d'informer cette dernière, une fois l'an, de l'état de la dette[747] et de la possibilité pour la caution, si le contrat est à durée indéterminée, de le résilier. Le manquement à cette obligation d'information est sanctionné par la « déchéance des intérêt échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information[748]». La déchéance peut également être adoucie lorsque lui est préférée la sanction de l'inopposabilité qui permet une déchéance *rationae personae* en empêchant le contractant de se prévaloir d'un droit à l'égard d'un tiers particulier. C'est l'exemple de l'absence de déclaration de la créance à la procédure collective qui, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, n'est plus sanctionnée par l'extinction de la créance mais par son inopposabilité[749]. En toute hypothèse, la sévérité de la déchéance est contrebalancée par le fait que ses effets sont localisés et laissent très souvent le contrat intact.

150. Les effets de la déchéance en matière contractuelle – Malgré sa sévérité évidente, la déchéance n'a, *a priori*, aucune incidence sur le contrat principal. Elle ne conduit jamais à l'anéantissement du contrat mais simplement à la perte du droit qu'elle vise. Par ailleurs, il est souvent dit qu'une déchéance entraine la perte « définitive[750]» du droit. L'affirmation est vraie dans les cas où la déchéance concerne un droit à « usage unique » pour une situation déterminée comme le droit de dénonciation d'un défaut de marchandise, d'une

[747] C'est-à-dire le montant principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente.
[748] Art. L.313-22 CMF, al. 3.
[749] Art. L.622-26 C. com.
[750] JAOUEN M., « Déchéance », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., p.107, p.453.

irrégularité de constitution du tribunal arbitral, d'une forclusion conventionnelle ou d'un droit de confirmer sa volonté de se prévaloir d'un pacte de préférence suite à la réception d'une action interrogatoire. En revanche, la déchéance ne saurait être définitive dans les cas où la prérogative ne s'épuise pas par l'abstention d'une seule mise en œuvre. La déchéance conduit plus exactement à la perte d'un droit à un instant *donné*. C'est notamment le cas des déchéances attachées à la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution. L'exception d'inexécution anticipée, la clause résolutoire ou la résolution unilatérale perdent leur efficacité face à une inexécution précise mais la retrouvent à la suivante. Plus précisément, la déchéance prend alors la forme d'une « paralysie[751]», d'une « neutralisation[752]» ou d'un « réputé non-accompli [753]». C'est ce qu'avaient autorisé les juges dans le sillage de l'arrêt *Les Maréchaux*. Ce dernier permet aux juges de neutraliser une prérogative contractuelle invoquée de mauvaise foi mais ne les autorisent pas à porter atteinte aux droits et obligations légalement convenus par les parties[754]. Ainsi, lorsqu'ils décident de neutraliser une clause résolutoire invoquée de mauvaise foi, cette dernière n'est pas perdue définitivement. En effet, la déchéance se distingue d'une nullité partielle ou d'un réputé non-écrit précisément parce qu'elle n'affecte que « l'efficacité de la clause sans entamer sa validité[755]». Le contractant est ainsi déchu de la prérogative attachée à la clause mais pas de la clause à proprement parler[756]. Celle-ci reste parfaitement valide. Dans un contrat à exécution successive, le contractant pourra tout à fait s'en prévaloir à nouveau dès lors qu'il sera confronté à d'autres faits, une nouvelle inexécution par exemple.

151. La possibilité pour le juge de neutraliser une clause invoquée de mauvaise foi : perspectives – La nature de la sanction de la mauvaise foi contractuelle est difficile à identifier[757]. Pour certains auteurs, la sanction primaire de la bonne foi résiderait dans la déchéance en ce qu'elle serait un outil

---

[751] DUMONT M.-P., « Les conditions de validité d'une clause résolutoire », AJDI 2011, p.362.
[752] HAGE-CHAHINE N., « Résolution – Résiliation – Les modes de résolution du contrat », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021, n°87.
[753] DESHAYES O., « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », RDC 2011, n°24, p.726
[754] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff.
[755] JAOUEN M., *loc. cit.*
[756] *Ibid*.
[757] ANCEL P., « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, 2011, Dalloz-Sirey / Litec, p.61

d'une efficacité redoutable permettant la neutralisation du comportement litigieux[758] tandis que la responsabilité civile semble occuper le devant de la scène. Depuis la reddition de l'arrêt *Les Maréchaux*[759], réaffirmé par la suite[760], la question semble avoir été tranchée par les juges. Ils opèrent une distinction entre la substance de la créance, dont la mise en œuvre de mauvaise foi ne peut être sanctionnée que par des dommages et intérêts, et les prérogatives contractuelles qui, elles, peuvent faire l'objet d'une déchéance en cas d'usage déloyal. Malgré l'apparence d'une dichotomie théorique assez claire, une telle jurisprudence prête le flanc à quelques critiques.

152. D'abord, des interrogations quant au flou qu'entoure la notion de prérogative et des éléments permettant de la distinguer du droit de créance. Force est de constater qu'il est impossible de délimiter nettement le champ d'application des prérogatives tant certaines semblent se confondre avec la créance dont elles ne sont censées être que l'accessoire[761]. Si certaines clauses sont indéniablement des prérogatives contractuelles, comme la clause résolutoire ou la clause de dédit[762], les clauses permettant la mise en œuvre d'une sûreté, les clauses de reconduction tacite ou les clauses de non-concurrence sont tant liées à la substance de la créance que la frontière est difficile à tracer. Plus récemment, la Cour de cassation a considéré qu'une clause de déchéance de garantie de passif en cas de défaut d'information du cédant par le cessionnaire devait être considérée non pas comme une prérogative mais comme relevant directement de la substance de la créance[763]. Assez logiquement, la clause permettant la déchéance de la créance doit être considérée comme intouchable par les juges. En revanche, une clause de déchéance invoquée de mauvaise foi et qui porterait sur une prérogative

---

[758] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°498, p.383.
[759] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff.
[760] BARBIER H., « La mauvaise foi du créancier n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance de ses droits aussi bien contractuels que légaux », RTD Civ. 2017.133, note sous Com. 8 novembre 2016, n°14-29.723 ; Paris, 29 sept. 2016, n°15/07864, Rev. Sociétés 2017.92, note J.-F. Barbieri ; Com. 2 novembre 2016, n°14-29.723, Com. 2 novembre 2016, n°15-12.231, inédit.
[761] RAYNARD J., « Le domaine des prérogatives contractuelles : variété et développement », RDC 2011, p.695.
[762] LE TOURNEAU PH., POUMARÈDE M., *Bonne foi – La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *in Rép. dr. civ.*, 2019, n°83 et s.
[763] BARBIER H., « Une clause de déchéance n'est pas une prérogative contractuelle mais relève de la substance des droits et obligations du contrat », note sous Cass. Com., 19 juin 2019, n°17-26.635, RTD Civ., 2019, p.577.

contractuelle devrait pouvoir être paralysée. Chaque prérogative doit ainsi faire l'objet d'une analyse particulière quant à ses effets sur la substance de la créance.

153. Ensuite, cette distinction hermétique ne permet pas une protection optimale de la créance. Nous verrons comment les juges du fond parviennent, de manière détournée, à porter atteinte à la créance du contractant par l'utilisation des dommages et intérêts[764]. La fixation d'un montant équivalent à celui de la créance conduit à court-circuiter la jurisprudence *Les Maréchaux*. Mieux encore, les juges peuvent porter atteinte à la créance en interprétant la volonté des parties. Un exemple est particulièrement intéressant et mériterait d'être relu à la lumière de l'arrêt *Les Maréchaux* : un prestataire de service de maintenance d'un lecteur de chèques avait conclu un contrat avec son client en échange d'une redevance mensuelle. Une clause de reconduction tacite stipulait qu'à défaut de résiliation notifiée dans les formes la convention se reconduirait automatiquement d'année en année. Le client cessa de payer les redevances sans toutefois user de sa faculté de résiliation. Le prestataire laissa le contrat se reconduire pendant deux années supplémentaires avant de mettre en demeure son client de payer les mensualités dues en vertu non seulement du contrat initial mais aussi des deux années de reconduction. Sur le fondement de la mauvaise foi, les juges d'appel paralysèrent la clause de reconduction tacite après avoir interprété la cessation du paiement des redevances comme « une volonté tacite de ne pas reconduire le contrat » [765] et le « silence du prestataire » comme une approbation tacite de la cessation du contrat. Un tel raisonnement conduisit à y voir une manifestation du devoir de coopération (le prestataire aurait dû mettre en demeure le client) accompagné d'une déchéance, à l'égard du prestataire, des créances nées des années reconduites[766]. Une clause de reconduction tacite invoquée de mauvaise foi pourrait-elle, aujourd'hui, faire l'objet d'une paralysie de la part des juges du fond sans risquer de porter atteinte à la substance de la créance ? Sur le fondement

[764] V. *Infra*, n°155.
[765] Paris, 22 juin 2001, n°1999/17644, D. 2002. 843., obs. C. Coulon : En s'abstenant de toute mise en demeure avant la fin de la première durée contractuelle de quatre ans, alors que le service de la dette était interrompu depuis déjà trois années, le créancier a laissé la convention se reconduire tacitement pendant deux années supplémentaires dans des conditions exemptes de bonne foi, en tirant manifestement profit du silence de son cocontractant pour prolonger une situation de fait qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage.
[766] COULON C., « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant », D. 2002, p.843.

de la bonne foi, la réponse est négative : la substance de la créance résidant dans le montant des mensualités, une clause permettant la continuité de ces dernières semble désormais ne pouvoir être sanctionnée que par des dommages-intérêts. En revanche, et c'est probablement ce qu'avaient souhaité faire les juges du fond en 2001, en interprétant la volonté des parties la chose redevient possible. Dans cette affaire, la clause de reconduction tacite avait finalement moins été déchue qu'abdiquée. Une clause mise en œuvre de mauvaise foi, quand bien même porterait-elle sur la créance, peut être paralysée dès lors qu'il est démontré que les parties avaient renoncé à s'en prévaloir. Lorsque la prérogative n'est enserrée dans un aucun délai, l'inertie du contractant redevient sujette à l'interprétation des juges : raison de plus pour que le titulaire d'une prérogative se montre réactif.

154. Enfin, la troisième critique est à la fois théorique et idéologique. En effet, la jurisprudence admet parfois que la mauvaise foi du contractant puisse exercer une influence sur la substance de sa créance[767], Rien ne semble interdire au juge, du moins théoriquement, de pouvoir déchoir un contractant de sa créance en raison de sa mauvaise foi[768]. Si la force obligatoire du contrat se brandit comme un argument d'autorité pour immuniser la créance, ce ne serait, explique le Professeur Mazeaud, qu'en raison d'une vision libérale du droit des contrats[769]. Le courant auquel il se rattache, partisan d'un droit des contrats davantage pénétré de morale, plaide au contraire pour une conciliation des deux impératifs de sécurité et de bonne foi en permettant à cette dernière de pouvoir neutraliser une créance invoquée d'une extrême mauvaise foi[770]. Envisageable théoriquement, le pouvoir judiciaire de déchoir un contractant de sa créance en raison de mauvaise foi accroitrait considérablement le domaine et la présence d'un devoir de réaction : tout contractant serait sommé de se montrer réactif sous peine de voir sa créance déchue. En droit communautaire, la proposition de règlement

---

[767] LE TOURNEAU PH., POUMARÈDE M., *Bonne foi – La bonne foi dans l'exécution du contrat*, *op.* cit., n°133 : les auteurs citent une affaire dans laquelle il a été jugé que « l'absence de coopération d'une partie décharge l'autre, au moins pour partie, des conséquences de l'inexécution qui serait invoquée par la première. Ainsi, l'obligation de mise en garde du banquier peut être limitée par le manque de coopération de l'emprunteur (Civ. 1ère, 30 octobre 2007, n°06-17.003) ».

[768] FAGES B., « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », RTD civ. 2007.773, note sous com. 10 juillet 2007, n°06-14.768.

[769] MAZEAUD D., « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle, RDC 2011, p.690 ; LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, 12e éd., n°7, p.173.

[770] *Ibid*.

relatif à un droit commun européen de la vente prévoit en son article 2 que la bonne foi peut « empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit[771] ». La question réside finalement moins dans le fait de savoir si une telle sanction est possible que si la chose est souhaitable.

II. La sanction résiduelle : la responsabilité civile

155. L'engagement de responsabilité civile du contractant pour absence de réaction – La sanction de l'absence de réaction du contractant sur le fondement direct de la bonne foi ne peut se faire qu'à titre complémentaire et résiduel. Résiduel d'abord, car dans la construction du régime du devoir de réaction, nous avons vu combien la déchéance constituait la sanction idoine. Complémentaire ensuite parce que la responsabilité civile n'intervient qu'après l'épuisement des possibilités de déchéances offertes par le droit. En effet, la responsabilité civile intervient lorsqu'aucun délai légal ou conventionnel n'a prévu de déchéance pour sanctionner l'absence de réaction du contractant. Lorsque le délai n'est pas prévu, il devient implicite et se détermine selon les canons de la bonne foi. Là encore, la responsabilité civile n'intervient que dans l'hypothèse où le droit en question portait sur la substance de la créance et qu'il ne s'agissait pas d'une simple prérogative auquel cas la déchéance aurait été applicable. Ce régime, qui résulte de l'arrêt *Les Maréchaux*, permet de sanctionner l'absence de réactivité du contractant par l'octroi de dommages-intérêts. La faute relève de la responsabilité civile contractuelle de l'article 1231-1 du Code civil[772], à charge pour la victime de prouver que l'absence de réaction du contractant lui a causé un préjudice. L'allocation de dommages-intérêts n'est pas synonyme d'immunité totale de la créance : en effet, des juges du fond, pour contourner la jurisprudence, octroient des dommages et intérêts qui correspondent au montant de la créance. En témoigne un arrêt du 21 mars 2012 dans lequel un bailleur n'avait pas procédé à la régularisation des charges à l'égard de son locataire avant de se réveiller subitement cinq années plus tard en demandant la régularisation d'une somme conséquente à son cocontractant[773]. La cour d'appel a considéré que le locataire devait bien payer les charges, mais que la mauvaise foi du

---

[771] COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente*, 2011/0284, art. 2, 2°, p.36.
[772] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.*, n°642-4, p.507.
[773] Cass. civ. 3e, 21 mars 2012, n°11-14.174

bailleur lui imposait de payer des dommages et intérêts à la hauteur du montant des charges. Ce jeu à somme nulle conduit à porter atteinte au droit de créance *via* la responsabilité civile. Enfin, la responsabilité civile contractuelle peut également venir compléter la déchéance lorsqu'un dommage résiduel a été subi par le contractant[774]. Pour le Professeur Olivier Deshayes, « il est évident que les dommages-intérêts seront moindres : ils ne couvriront que le préjudice subsistant en dépit de la neutralisation de la prérogative[775]».

156. Conclusion de la première section – Après n'avoir retenu que les fondements juridiques qui supposent une sanction pour les rattacher au devoir juridique, il est possible de soutenir que le devoir de réaction est fondé principalement par la bonne foi contractuelle. Indirectement lorsque la bonne foi est cristallisée dans des délais-sanctions qui permettent la déchéance du droit tardivement mis-en-œuvre ; directement lorsque ces derniers sont absents et que le devoir de bonne foi vient prendre le relai. Cette dernière sanctionne le contractant peu réactif dans les limites de ce qu'autorise la force obligatoire du contrat. La déchéance n'est ainsi possible que s'il s'agit d'une prérogative contractuelle : une créance ou une clause portant sur la substance de la créance invoquée de mauvaise foi ne peut conduire qu'à l'octroi de dommages-intérêts.

---

[774] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°547, p.417.
[775] DESHAYES O., « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », art. préc., n°25, p.726.

Section seconde : Le devoir de réagir pour la protection de l'intérêt d'autrui

157. Prendre son temps dans l'intérêt d'autrui, source d'efficacité – Le devoir de réaction a ceci de particulier qu'il abonde dans le sens de deux tendances qui s'opposent au sein du droit des contrats. D'une part, la pression temporelle qu'il exerce cherche à fluidifier, accélérer et optimiser les relations contractuelles, en supprimant les longueurs et coûts inutiles. D'autre part, la protection de l'intérêt d'autrui qu'il permet conduit à inscrire le devoir de réaction dans le sillage d'une conception plus solidaire du contrat. La protection de l'intérêt du cocontractant peut sonner, de prime abord, comme un frein à l'efficacité, notamment économique, recherchée par le devoir de réaction et, plus largement, par le droit des contrats[776]. Toute tentative d'insuffler plus de solidarité, de coopération et de collaboration aux relations contractuelles semble faire sortir la bonne foi de son carcan traditionnel et n'ajouter que lourdeur et angélisme à une opération économique qui ne saurait être assimilée ni à un microcosme[777], ni à un mariage[778]. Vouloir classifier le devoir de réaction tourné vers l'intérêt d'autrui comme un vecteur d'efficacité du contrat nécessite d'expliquer pourquoi cet altruisme est également source d'efficacité. La première raison tient à ce que l'efficacité du contrat est la finalité de la bonne foi[779] et rejaillit nécessairement sur les différents devoirs qu'elle impose puisque ceux-ci commandent un comportement positif et dynamique[780]. Ensuite, le devoir de réaction envers autrui reste un outil d'efficacité redoutable dans la mesure où, nous le verrons, la protection d'un tel intérêt participe à l'efficacité du contrat en ce qu'elle impose toujours d'agir pour préserver son utilité, *a fortiori* lorsque la nature de ce dernier le commande. La bonne foi impose le sauvetage du contrat, non du cocontractant. Même lorsqu'elle impose coopération et solidarité, la bonne foi cherche l'efficacité de l'opération projetée par les parties[781].

---

[776] LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », *in Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, n°8, p.247 ; JAMIN C., « Notations sur un solidarisme contractuel », *in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 440-441.
[777] DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, *op. cit.,* tome 6, n°3.
[778] CARBONNIER J., *Droit civil : Les biens, les obligations*, *op. cit*., n°1030, p. 2119.
[779] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n°128, p.163 : « La contrainte comportementale qu'implique la bonne foi est moins affaire de morale que poursuite de l'utilité du contrat. » ; MALAURIE PH., AYNÈS L., *Droit des obligations*, *op. cit.,* n°459, p.256 : « La bonne foi implique ensuite souvent un devoir d'initiative, de coopération ou de collaboration, afin de permettre une exécution efficace du contrat ».
[780] DEMOGUE R., *loc. cit*., n°13 ; HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°641, p.447 ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°218, p.175 ; MAZEAUD D., « La confiance légitime et l'estoppel », art. préc., n°19.
[781] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°85, p.84.

158. Autrui est le bénéficiaire direct de la réactivité du contractant - Le devoir de réaction pour la protection de l'intérêt d'autrui suppose que le contractant dispose d'un droit subjectif assurant une telle protection. Autrement dit, il dispose des moyens d'exercer une réaction juridique face à un dysfonctionnement du contrat mais son inertie causera un préjudice à son partenaire. Dans ce cas, la reconnaissance d'une telle faute suppose que le contractant ait eu un devoir général d'agir dans l'intérêt de l'autre partie. Contrairement à la première forme du devoir de réaction étudiée, dans laquelle le droit objet du devoir de réaction est le plus souvent encadré par un délai, l'hypothèse suivante est plus délicate. Ici, un contractant dispose d'un droit, qui peut prendre la forme d'un pouvoir, d'une prérogative, d'une faculté. Ce dernier est, théoriquement, dans l'intérêt exclusif du titulaire. Son utilisation dépend de son bon vouloir et n'est pas enserrée dans un délai légal ou conventionnel qui le menace de déchéance. Le contractant peut, à loisir, décider de l'utiliser ou de ne pas l'utiliser, d'en jouir ou de s'en délaisser. Or, voici qu'on souhaiterait en faire bénéficier le cocontractant en exigeant un devoir de réaction de la part de son titulaire. C'est ici que réside la différence entre les deux devoirs de réaction[782]. Le cocontractant souhaite désormais bénéficier des droits et prérogatives de son partenaire : il en est le destinataire hypothétique et son non-usage est susceptible de lui causer un préjudice. Le cœur du devoir de réaction envers autrui repose sur l'hypothèse que la non-utilisation d'un droit puisse causer un préjudice à autrui.

159. Annonce – Le devoir de réaction pour la protection de l'intérêt du cocontractant suppose ainsi que ce dernier soit le bénéficiaire direct de la réactivité du titulaire du droit. Le régime du devoir de réaction peut toutefois varier selon deux hypothèses : lorsque c'est le destinataire du droit non-usé qui subit le préjudice, il est nécessaire de rechercher si le contractant aurait dû réagir pour ne pas causer un préjudice à son cocontractant qu'il aurait pu aisément éviter en se montrant plus réactif (**paragraphe premier**). En revanche, lorsque c'est le titulaire du droit qui subit le

[782] Dans le devoir de réaction pour la préservation de ses propres intérêts (v. *Supra*, n°116 et s.), le contrôle de ces droits reposait sur le double jeu des délais et de la bonne foi. Le contractant était le bénéficiaire direct de sa propre réactivité et l'usage tardif de ses droits justifiait leurs déchéances ou l'engagement de sa responsabilité. Symétriquement, le devoir de réaction dans la préservation de ses propres intérêts imposait au contractant d'user de son droit pour lui-même sous peine de le perdre, le devoir de réaction envers le cocontractant suppose d'user de son droit pour autrui sous peine d'être sanctionné.

dommage, ce dernier doit également réagir, dans l'intérêt du cocontractant, pour minimiser son propre préjudice (**paragraphe second**).

Paragraphe premier – Le devoir de réagir pour éviter le préjudice du cocontractant

160. Annonce – Éviter le préjudice du cocontractant, au sens large, suppose à la fois de se garder de sa survenance comme de son aggravation. La démonstration consistera d'abord en la recherche d'un fondement général (**I**) avant d'en étudier le régime (**II**).

I. La bonne foi fonde le devoir de réaction pour éviter le préjudice du cocontractant

161. Annonce – S'il est indéniable que le devoir de bonne foi permet, de manière générale, d'imposer un comportement actif au titulaire d'un droit le sanctionnant lorsque son inertie a causé préjudice à son cocontractant (**A)**, cette même bonne foi peut être à l'origine d'un altruisme plus intense et contraignant qui, pour le moment, reste cantonné à certaines circonstances et contrats particuliers (**B**).

A. Aspects généraux du devoir de bonne foi comme fondement du devoir de réaction

162. Rôle prépondérant de la bonne foi comme fondement du devoir de réaction pour éviter le préjudice du cocontractant – Le titulaire d'un droit décide de ne pas utiliser une prérogative qu'il tient de la loi ou du contrat, de ne pas user de son droit de résiliation unilatérale face à une inexécution ou de sa faculté de renégocier une clause devenue déséquilibrée en raison de circonstances imprévues. Dans les trois cas, d'abord, un contractant dispose d'une prérogative unilatérale qui, d'évidence, peut-être mis en œuvre ou non selon sa bonne volonté. Dans les trois cas, ensuite, le droit relève théoriquement de l'intérêt exclusif de son titulaire. Dans les trois cas enfin, il peut arriver que le non-usage d'un droit puisse causer un dommage à son destinataire hypothétique. Ce dernier reprochera à son cocontractant une inertie fautive dans l'utilisation de ses droits. Le sanctionner conduirait à reconnaître une forme de devoir de réaction envers autrui imposant au contractant d'user d'un droit dès lors que cet usage aurait permis

d'éviter le préjudice subi par le cocontractant. Pour imposer un tel devoir, encore faut-il déterminer quels sont les moyens qu'offre le droit pour reprocher le non-usage d'un droit. D'évidence, la bonne foi joue à nouveau un rôle prépondérant[783]. En effet, les différents types de droits dont dispose le contractant pour accompagner l'exécution de l'obligation s'intègrent parfaitement à l'analyse de la « manière d'exécuter une obligation[784]» que sanctionne la bonne foi. Les prérogatives accompagnent l'exécution de l'obligation : mal les utiliser, c'est être de mauvaise foi. La bonne foi a fait l'objet de longs développements dans les parties précédentes[785]. Nous nous contenterons d'insister sur le caractère dynamique de la bonne foi qui impose aux parties des actes positifs[786], des diligences[787] et de manière plus générale, « des actes nécessaires à l'exécution de l'obligation dont l'absence rend celle-ci plus difficile ou onéreuse d'une façon inutile[788]» leur imposant « le devoir d'accomplir ces actes et de les accomplir correctement, de les accomplir en temps voulu[789]». Cette conception de la bonne foi permet de dépasser la simple bonne exécution du contrat pour s'intéresser aux intérêts de l'autre partie. À la question de savoir si la bonne foi autorise à reprocher à un contractant de ne pas avoir usé de son droit, fût-il dans son intérêt exclusif, la réponse est positive. Le fait d'être titulaire d'un droit n'empêche pas qu'un contrôle de son exercice puisse être opéré sur le fondement de la bonne foi[790]. À partir de cette dernière, deux pistes sont envisageables. La première repose sur une conception extensive de la bonne foi imposant aux parties d'agir en recherchant « la plus grande efficacité possible pour son cocontractant[791]». Ce faisant, elle empêche « le créancier de se retrancher derrière la lettre du contrat pour légitimer son abstention[792]». Ce que l'on pourrait traduire par une exigence minimale de coopération. C'est dans cette dernière que va se loger le devoir de réaction. En somme, cette conception permissive de la bonne foi sanctionne les abus et déloyautés les plus criants.

---

[783] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°113, p.103.
[784] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°641, p.504 ; LARROUMET C. (dir.), BROS S., *Traité de droit civil – Les obligations, Le contrat*, *op. cit*. : n°572, p.554.
[785] *Supra*, n°139 et s.
[786] JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°218, p. 175.
[787] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°641, p.504.
[788] DEMOGUE R., *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, *op.* cit., n°13
[789] *Ibid.*
[790] ROCHFELD J., « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », *in Dictionnaire du contrat*, *op.* cit., n°202, p.846.
[791] PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. préc., n°83, p.97 ; v. également en ce sens : STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Droit civil – Les obligations*, *2. Contrat*, 6e éd., Litec, 1998, n°1387, p.481.
[792] *Ibid*.

La seconde, née dans son sillage, est une forme de devoir de coopération plus accrue que l'on retrouve dans certains contrats en raison de leur nature coopérative.

163. Le contrôle des abus que fonde la bonne foi permet de sanctionner l'absence de réaction du contractant dans l'intérêt d'autrui – L'abus de droit peut être défini comme l'acte dicté par l'intention de nuire ou comme l'exercice d'un droit contraire à sa fonction sociale[793]. D'intuition, la théorie de l'abus de droit est particulièrement propice à sanctionner cette forme de devoir de réaction puisqu'elle suppose l'existence d'un droit. Dans cette veine, la Professeure Muriel Fabre-Magnan remarque que l'abus suppose le dépassement d'un droit, tandis que l'exercice d'un droit peut tout à fait être contrôlé sur le fondement de la bonne foi[794]. La frontière en est pour le moins ténue. En matière contractuelle, l'abus est classiquement sanctionné sur le fondement de l'article 1104 du Code civil ce qui permet d'affirmer qu'il fonctionne tel « un avatar de la bonne foi contractuelle[795]» et qui justifie le rattachement à un tel fondement. Si l'abus de droit dans les contrats trouve ses plus belles illustrations dans le domaine de la rupture et constitue un frein efficace à la déloyauté contractuelle, force est de constater que sa place en tant que fondement du devoir de réaction suppose que puisse exister un abus de droit par abstention. L'hypothèse est tout à fait admise : la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 janvier 1978, avait énoncé que « l'abus de droit peut résulter aussi bien d'une action que d'une abstention[796]». Cet abus de droit par abstention a, par la suite, fait l'objet d'une définition doctrinale : « le titulaire de la prérogative unilatérale se refuse purement et simplement à l'exercer, faisant preuve d'une inertie de nature à bloquer un projet suspendu à sa volonté[797]». Cette situation est possible mais peu fréquente tant on a vu que de nombreuses prérogatives sont enserrées dans un délai fixé et, sinon, à tout le moins raisonnable. Une affaire récente, déjà mentionnée[798], est venue rassembler toutes les conditions propices à un abus de droit par abstention. Dans le cadre d'une cession de parts sociales d'une société en nom collectif (SNC), un associé avait indéfiniment tardé à répondre aux candidatures proposées par son coassocié dans le cadre

---

[793] JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e éd., 1939, réed. Dalloz, 2006.
[794] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°150, p.133.
[795] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat*, *Essai d'une théorie*, th. préc., n°119, p.109 : qui considère que la bonne foi n'est que la reprise de la règle de civilité posée par l'article 1382 du Code civil ; voir également en ce sens : HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, *op. cit*., n°638.
[796] Cass. 3e civ., 17 janvier 1978, n°76-12.896
[797] BARBIER H., « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », note sous Cass. com. 6 février 2019, n°17-20.112, *Art. préc.*
[798] V. *Supra*, n°39.

de la procédure d'agrément. À l'exception de la SNC, toutes les sociétés imposant une procédure d'agrément encadrent la réponse dans un délai raisonnable à l'issu duquel la candidature est réputée avoir été acceptée. Un abus de droit par abstention est davantage susceptible de survenir lorsque la prérogative n'est pas enserrée dans un délai. Le cocontractant peut alors faire jouer la montre indéfiniment. C'est la raison pour laquelle le coassocié avait été condamné pour s'être systématiquement abstenu de répondre aux candidatures adressées par son associé[799]. À suivre cet exemple, le titulaire d'un droit subjectif qui est interpellé pour se prononcer sur un choix dont dépend le perfectionnement du contrat, pourrait être sanctionné sur le fondement du devoir de réaction envers autrui. Cependant, ces types d'abus par déloyauté restent relativement rares : c'est la coopération exigée par la bonne foi qui draine les plus grandes possibilités pour sanctionner un contractant qui n'aurait pas agi dans l'intérêt d'autrui.

164. L'exigence d'une coopération minimale induite par la bonne foi permet de sanctionner l'absence de réaction du contractant dans l'intérêt d'autrui – D'évidence, la possibilité de devoir protéger les intérêts du cocontractant est inhérente à la coopération qu'impose le devoir de bonne foi. Certains auteurs n'hésitent pas à considérer que le devoir de coopération est pleinement reconnu[800], qu'il s'intègre à la définition de la bonne foi aux cotés de la loyauté[801]. Pourtant, quelques nuances doivent être formulées. Le devoir de coopération doit se comprendre comme la forme la plus solidaire de la bonne foi en ce qu'il implique d'aller au-delà de la simple bonne exécution du contrat et suppose « d'informer, de s'informer, de faciliter les engagements de l'autre, de renégocier[802]» mais surtout « d'user d'une clause[803]» lorsque celle-ci permet de faciliter la tâche du cocontractant ou de lui éviter aisément un préjudice. Le devoir de coopération ne doit cependant pas tromper : il dépasse la seule exécution du contrat mais ne dépasse pas le contrat. Autrement dit, il n'impose, de manière générale, ni un angélisme ni un assistanat mais reste au contraire intimement lié à l'effet utile du contrat. Sous couvert de morale, le devoir de coopération poursuit l'utilité et l'efficacité du

---

[799] Com. 6 février 2019, n°17-20.112, inédit, D.2019.568, note A. Tadros ; Rev. Sociétés 2019.236, note I. Beyneix, RTD Civ. 2019, p.236.
[800] MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD Civ., 1986, p.101. ; PICOD Y., « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », JCP, 1988, I, p.3318 ; MAZEAUD D., « Devoir de bonne foi et coopération », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*.
[801] FAGES B., *Le comportement du contractant, th. préc.,* n°552, p.300
[802] FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°281, p.24 ; voir également en ce sens : STARCK B., ROLAND H., BOYER L*., Droit civil – Les obligations, 2. Contrat, op. cit*., n°1387, p.481
[803] *Ibid*.

contrat[804], le comportement attendu des contractants suppose de faire produire au contrat tous ses effets[805]. C'est la raison pour laquelle la plupart des auteurs s'accordent à préciser qu'il faut s'armer de prudence lorsqu'est invoquée la coopération : l'apprécier au cas par cas[806], au gré des circonstances[807] et ne surtout pas la faire sortir de son lit en lui offrant une hégémonie qui risquerait de faire oublier que le contrat est avant tout une opération économique et, pour la majorité des contrats-échange, une rencontre d'intérêts antagonistes. C'est pourquoi il existe deux niveaux de coopération. Un devoir de coopération minimal, commun à tous les contrats, qui découle du devoir de bonne foi et qui impose aux contractants de prendre en considération les intérêts de l'autre partie en renonçant à tout comportement opportuniste[808] et d'agir parfois dans l'intérêt d'autrui. Et un autre, beaucoup plus lourd et coercitif qui s'impose en raison de la nature du contrat[809].

B. Aspects spéciaux du devoir de bonne foi comme fondement du devoir de réaction

165. L'accroissement de la réactivité par l'accroissement de la coopération : le cas des contrats-organisation – Le devoir de bonne foi fait peser, de manière générale, une légère exigence de coopération qui impose un seuil minimal de réactivité aux contractants en leur imposant de protéger l'intérêt de leur partenaire dès lors que la chose est possible et qu'ils en ont les moyens. En revanche, le devoir de bonne foi, lorsqu'il est infusé dans certains contrats empreints d'une exigence accrue de coopération, impose une réactivité particulièrement intense aux contractants. C'est notamment le cas des contrats-coopérations ou des contrats-alliance. Si les manifestations de la coopération sont assez rares dans les contrats-échanges, les comportements

---

[804] RAOUL-CORMEIL G., *La mauvaise foi dans les relations de droit privé interne*, thèse Caen, 2002, n°287, p.316 ; adde : STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°85, p.84.
[805] WICKER G., « Force obligatoire et contenu du contrat », in RÉMY-CORLAY P., FENOUILLET D. (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats,* Dalloz, 2003, p.166.
[806] FAGES B., *Le comportement du contractant,* th. préc*.,* n°552, p.300.
[807] MALAURIE PH., AYNÈS L., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°459, p.256.
[808] BROUSSEAU E., *Contrats et comportements coopératifs : le cas des relations interentreprises*, GDR d'Économie Industrielle, Coopération entre les entreprises et organisation industrielle, CNRS, Coll. Recherche et Entreprise, Paris, 1995, p.23 et s.
[809] LEQUETTE S., *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner., Economica, 2012, n°426, p.338 : « L'évolution que connait actuellement l'article 1134 du Code civil tient moins à la transformation des fondements de la force juridique obligatoire du contrat qu'au renouvellement de son objet. Plus précisément, la portée positive attribuée à l'exigence de bonne foi par la découverte d'un devoir de coopération est étroitement liée à la portée normative du contrat-coopération : parce que celui-ci forme une norme contractuelle de coopération, l'exigence de bonne foi prend un relief positif ».

qu'implique la coopération « sont bien davantage présents dans le monde des « contrats-alliance », où la bonne foi est un facteur de recherche d'équilibre entre les intérêts en présence au fil de l'exécution, notamment lors de l'exercice de prérogatives unilatérales[810]». Le Professeur Stoffel-Munck fait ici référence aux contrats-organisations[811] à partir desquels ont été forgées les théories du contrat-alliance[812] et du contrat coopération[813]. Théoricienne de ces derniers, la Professeure Suzanne Lequette les définit comme des « structures originales tissant entre les obligations des parties un lien de complémentarité ordonnancé de manière à lier juridiquement leurs intérêts convergents mais différents[814]». D'évidence, au sein de tels contrats s'impose une exigence de bonne foi qui, dépassant la simple loyauté évoquée dans les lignes précédentes[815], est destinée à constituer un redoutable instrument d'efficacité du rapport d'obligations[816] tendu vers le projet commun. Par conséquent, le devoir de coopérer dans les intérêts respectifs des contractants[817] apparaît comme consubstantiel à ce type de contrat. L'une des conséquences, explique l'auteur, est que la mise en œuvre du contrat « repose sur le maniement de prérogatives contractuelles unilatérales[818]» qui sont, là aussi, gouvernées par la bonne foi et suppose leur utilisation dès lors qu'elles pourront servir au cocontractant. Sont ainsi considérés comme des contrats-coopération les contrats marqués par un fort *intuitus personae* tels que les contrats d'édition et les contrats de distribution. Aux devoirs de coopération et d'adaptation que font naître les contrats coopérations s'ajoute parfois un devoir de réaction imposant aux contractants de se prévaloir rapidement et utilement de toute prérogative de nature à permettre la pleine utilité du contrat projet. Si celui-ci trouvera ses applications les plus manifestes dans la mise en œuvre des clauses unilatérales déclenchant la renégociation du contrat, des applications plus originales sont envisageables : un franchiseur qui ne cherche pas à se prévaloir d'une clause de non-concurrence qu'il a stipulée à l'égard d'un franchisé venu concurrencer, par une autre activité, un autre franchisé lié au même franchiseur aurait toute légitimité à engager sa responsabilité civile. En poussant la logique de la

---

[810] STOFFEL-MUNCK PH., « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », art. préc.
[811] DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, pp.635-641.
[812] HAMELIN J.-F., *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, Economica, 2012.
[813] LEQUETTE S., *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc.
[814] *Ibid.,* n°255, p.177.
[815] *Ibid*., n°432, p.344.
[816] *Ibid*., n°436, p.346.
[817] *Ibid*., n°442, p.352.
[818] *Ibid*., n°465, p.377.

coopération à d'autres contrats qui relèvent davantage de l'organisation ou de l'alliance, comme la société, l'association ou la communauté légale, d'autres manifestations d'un devoir de réaction pour la protection de l'intérêt d'autrui apparaissent dans le sillage d'une solidarité accrue[819]. En droit des sociétés, la clause *material adverse change* (*M.A.C.*) empruntant à la technique du dédit et permettant à l'une des parties de ne pas donner suite à un contrat lorsque les circonstances évoluent défavorablement[820], laisse imaginer que des associés puissent reprocher au dirigeant d'une société de ne pas s'en être prévalu avant la conclusion définitive du contrat dès lors que des circonstances allaient manifestement conduire à la disparition de la rentabilité de l'opération économique projetée, manquant ainsi à son devoir de loyauté à l'égard de la société. L'idée est la même lorsque la clause *M.A.C.* est stipulée dans un contrat à exécution successive[821].

166. Une coopération à deux vitesses – Le devoir de bonne foi peut ainsi imposer une coopération à deux vitesses de laquelle émergera une réactivité accrue. Celle-ci peut résulter d'une exigence minimale de coopération commune à tous les contrats, et d'une autre, accrue, propre aux contrats dont la nature est particulière. De la seconde, l'on peut tirer une exigence de coopération destinée à multiplier considérablement la réactivité du contractant. De la première, l'on peut tirer une exigence de coopération minimale propre aux « contrats-échanges » dans laquelle pourrait se loger un devoir de réaction imposant au contractant d'user de son droit pour éviter que son cocontractant ne subisse un préjudice. Comme l'explique Suzanne Lequette, dans un contrat échange classique, « chaque partie, si elle s'engage à agir dans l'intérêt de son cocontractant et à répondre à ses besoins, ne le fait qu'au titre de son obligation principale et dans la limite de celle-ci, afin d'obtenir, en contrepartie, la satisfaction de son propre

---

[819] *Contra* : HAMELIN J.-F., *Le contrat-alliance*, th. préc., n°228, p.162 : Pour le Professeur Hamelin, l'intérêt commun, critère du contrat-alliance, n'a aucune influence sur le devoir de bonne foi présent dans ce type de contrat. L'intensité de la bonne foi ne s'accroit pas à raison de la nature du contrat mais seulement si ce dernier est marqué par un fort *intuitus personnae*. Les manifestations du devoir de bonne foi dans les contrats-alliance sont de l'ordre du banal, n'imposant pas plus un devoir de coopération que de collaboration ; *contra* : HASSLER Th., « L'intérêt commun », RTD com. 1984. 630. ; HOANG P., « La sanction de l'inexécution du contrat-organisation par l'inexécution d'un membre », *in Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, n°13, p.211 ; TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°78, p.97.

[820] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, 3e éd., LexisNexis, 2016, v° M.A.C., p.465.

[821] *Ibid*., p.466.

intérêt[822]». Les contractants restent, somme toute, tenus par la bonne foi d'agir positivement dans l'intérêt du cocontractant pour poursuivre l'efficacité du contrat attendue. Plusieurs exemples en témoignent : des contractants se sont vus, sur le fondement du devoir de bonne foi, reprocher de ne pas avoir réagi face aux difficultés de leur cocontractant ou à un dysfonctionnement contractuel en s'abstenant de mettre en œuvre une clause ou une sanction qui aurait pu éviter ou diminuer le préjudice du cocontractant, brisant ainsi inutilement l'opération contractuelle.

II. La bonne foi impose au contractant de réagir pour éviter le préjudice du cocontractant

167. Annonce – Après avoir étudié les fondements de la sanction du contractant qui n'aurait pas réagi en usant de son droit dans l'intérêt de son cocontractant, deux situations doivent être distinguées en pratique qui auront une incidence sur les sanctions. D'abord, un contractant peut causer un préjudice à son partenaire en ne se prévalant pas d'une prérogative contractuelle qui ne concerne pas la mise en œuvre d'une sanction de l'inexécution (**A**). Ensuite, et c'est l'hypothèse la plus souvent rencontrée en pratique, un contractant peut causer un préjudice à son cocontractant en ne se prévalant d'aucune sanction (**B**) ce qui a pour conséquence d'aggraver inutilement la dette de son partenaire.

A. Éviter le préjudice d'autrui par l'usage d'une prérogative contractuelle

168. Illustration : le devoir de mettre en œuvre une prérogative dans l'intérêt du cocontractant autre qu'une sanction – Si la plupart du contentieux repose sur l'absence de mise en œuvre d'une sanction, plusieurs cas de non-usage fautif d'une prérogative peuvent se retrouver en droit positif. Lorsque le droit subjectif du contractant ne consiste pas en une sanction, elle ne fait généralement naître aucun droit de créance à son titulaire. C'est la raison pour laquelle les exemples qui vont suivre sont le plus souvent sanctionnés par la responsabilité civile sauf lorsque la loi prévoit une sanction plus originale. Les exemples les plus frappants concernent le droit des transports. En témoigne

[822] LEQUETTE S., *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, th. préc., n°429, p.340.

l'arrêt du 13 décembre 2016[823], évoqué en détail dans les développements précédents[824], dans lequel un transporteur maritime qui s'était engagé à livrer des marchandises périssables avait face à une grève dans le port de destination. Son contrat renfermait une clause de liberté autorisant le transporteur à modifier le port de déchargement afin d'alléger ses obligations[825]. Il s'agit plus précisément ici d'une clause de modification unilatérale. Le transporteur ayant choisi d'attendre la fin de la grève dans les eaux du port de destination, les marchandises se périmèrent. Le propriétaire lui reprocha notamment de ne pas avoir usé de la prérogative offerte par sa clause de liberté. La Cour de cassation le sanctionna pour non-usage fautif d'une prérogative contractuelle. Un auteur a remarqué que, derrière « l'énergie qui transforme cette faculté en devoir » se cache le devoir de bonne foi[826]. Un autre a pu y voir une forme de devoir de coopération en vue de la bonne exécution du contrat[827]. De cet arrêt, il est possible de tirer plusieurs conséquences : une clause offrant une prérogative contractuelle, fût-elle dans l'intérêt exclusif du titulaire, doit être mise en œuvre lorsqu'elle permet d'éviter ou de diminuer le préjudice du cocontractant. Le droit des transports offre un terrain propice au devoir de réaction, puisque le transporteur est très souvent légalement obligé d'effectuer toutes les diligences lorsqu'il rencontre des circonstances de nature à interrompre ou perturber son transport. Le devoir de réaction découle ainsi des prescriptions en vigueur qui incitent le contractant à une réactivité de tous les instants. Prenons quelques exemples. En droit maritime, l'article R.5422-8 du code des transports dispose qu'en cas d'interruption du voyage, « le transporteur ou son représentant doit, à peine de dommages-intérêts, faire diligence pour le transbordement de la marchandise et son déplacement jusqu'au port de destination prévu ». Sur terre, l'article 14 de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) du 19 mai 1956 dispose que si, pour un motif quelconque, l'exécution du contrat dans les conditions prévues à la lettre de voiture devient impossible mais que les circonstances permettent l'exécution du transport dans des conditions différentes ou que le transporteur n'a pu obtenir en temps utile les instructions de la personne qui a le droit de disposer de la marchandise, « il prend les

---

[823] Cass. com., 13 décembre 2016, n°14-20.804, RDC 2018/1, obs. Ph. Stoffel-Munck; Gaz Pal., 28 févr. 2017, p.30, note Carayol; DMF 2017.288, obs. C. Bloch.
[824] V. *Supra*, n°68.
[825] DELEBECQUE Ph., *Droit maritime*, *op. cit*., n°767, p.597.
[826] STOFFEL-MUNCK PH., « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », art. préc.
[827] FAGES B., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°281, p.241 : L'auteur utilise l'arrêt du 13 décembre 2016 comme l'illustration du devoir de coopération issu de la bonne foi.

mesures qui lui paraissent les meilleures dans l'intérêt de la personne ayant le droit de disposer de la marchandise[828]». Dès lors que lesdites mesures pourront consister en l'usage d'une prérogative contractuelle, le transporteur pourra engager sa responsabilité civile pour ne pas l'avoir mise en œuvre.

169. Autres illustrations – Le devoir d'agir dans l'intérêt du contractant peut se retrouver dans des situations bien différentes. En témoigne le droit des successions qui offre la possibilité à l'héritier de renoncer[829] à une succession soit en refusant soit en s'abstenant d'opter[830]. L'abstention d'user de la faculté que représente le droit d'option successorale est très largement discrétionnaire mais peut donner lieu à des situations problématiques. Le créancier d'un héritier qui s'est abstenu d'opter peut tout à fait s'émouvoir d'une telle inertie puisqu'elle peut participer à l'organisation de son insolvabilité. C'est la raison pour laquelle l'article 779 du Code civil permet aux créanciers de l'héritier silencieux de lui reprocher son abstention qui, caractérisée, pourra conduire à l'exercice d'une action oblique. En pratique, les hypothèses de non-usage fautif d'une prérogative autre qu'une sanction restent assez rares. Néanmoins, il est tout à fait possible de transposer la situation à d'autres clauses stipulées dans l'intérêt exclusif du titulaire. Par exemple, il est possible d'imaginer que le contractant qui dispose d'une clause unilatérale de renégociation sans s'en prévaloir lorsque des circonstances ont manifestement perturbé l'équilibre du contrat peut se voir reprocher de ne pas l'avoir mis en œuvre. Plus drastiques, les clauses offrant à l'un des contractants la possibilité de mettre unilatéralement fin au contrat sans que cette rupture n'ait à reposer sur la démonstration d'une inexécution sont particulièrement encadrées par la bonne foi. Ainsi, le créancier d'une clause unilatérale de dédit pourrait se voir reprocher de ne pas l'avoir mise en œuvre dès lors que l'exécution de son obligation allait entrainer un préjudice pour le débiteur. Enfin, les nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil, qui autorisent la fixation unilatérale du prix par l'une des parties, pourront peut-être donner lieu à de nouvelles manifestations du devoir de réaction. Dans les contrats cadre, les parties peuvent convenir que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, tandis que dans les contrats de prestation de service, et à défaut d'accord, le prix peut être fixé par

---

[828] NATIONS UNIES, *Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) du 19 mai 1956*, art. 14.2.
[829] Art. 768, C. civ.
[830] FERRÉ-ANDRÉ S., BERRE S., *Successions et libéralités*, 7e édition, Hypercours, Dalloz, 2021, n°561, p.349.

le créancier. De telles prérogatives laissent ainsi entrevoir la possibilité d'un contrôle de l'abus sous sa forme abstentionniste.

B. Éviter le préjudice d'autrui par l'usage d'une sanction contractuelle

170. Illustration : le devoir de mettre en œuvre une sanction dans l'intérêt du cocontractant – Reprocher à un contractant d'avoir tardé à mettre en œuvre une sanction est une chose, lui reprocher de ne pas l'avoir mise en œuvre du tout en est une autre. Contrairement à l'hypothèse précédemment étudiée, le fait de ne pas mettre en œuvre une sanction accroît les droits du créancier en aggravant la dette du débiteur. Si la sanction privilégiée par les juges est la responsabilité civile, la déchéance de la créance indue semble être parfois recherchée par des chemins détournés. Par exemple, la sanction peut se cacher derrière l'appréciation de la volonté des parties peut constituer une arme redoutable pour supprimer la créance illégitime. C'est l'interprétation que nous avons retenue d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 juin 2001 dans lequel un « créancier a laissé la convention se reproduire tacitement pendant deux années supplémentaires dans des conditions exemptes de bonne foi en tirant manifestement profit du silence de son cocontractant pour prolonger une situation de fait qui ne pouvait évoluer qu'à son seul avantage[831]». L'interprétation de la volonté des parties, supposées avoir renoncé à la clause de renouvellement tacite qui avait permis l'aggravation de la dette, avait démontré comment la théorie de la renonciation pouvait être un outil puissant pour réfuter les créances nées de leur inertie[832] : quoi de mieux, pour porter atteinte à la substance de la créance, que de dire qu'elle n'existait pas ? Cependant, le fait de ne pas mettre en œuvre une sanction en laissant la dette s'aggraver n'est pas nécessairement, loin de là, la traduction comportementale d'une renonciation mais, le plus souvent, le résultat d'une intention malicieuse, d'une faute que doit combattre la bonne foi[833]. En témoignent de nombreux arrêts de la Cour de cassation dans lesquels un garant avait pu engager la responsabilité du créancier lorsque ce dernier laissait s'accumuler les dettes impayées sans chercher à provoquer la résiliation du contrat. Dans une affaire du 5 décembre 1995, la Cour de cassation avait accordé une indemnisation à des garants invoquant l'inaction

---

[831] Paris, 22 juin 2001, n°1999/17644, D. 2002. 843., obs. C. Coulon.
[832] V. *Supra*, n°153.
[833] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc, n°113, p.103. : « Pareillement, tolérer l'inexécution du débiteur et laisser s'accumuler les impayés au préjudice de celui qui devra venir en garantie, est une faute qui a été sanctionnée sous le visa de l'article 1134 al.3 ».

du créancier qui n'avait jamais mis en œuvre la clause résolutoire[834], pourtant stipulée dans l'intérêt exclusif du bailleur[835], pour sanctionner le défaut de paiement des loyers pendant plus de deux ans alors que plus aucune activité n'était exercée à l'intérieur du local[836]. L'inertie du créancier face à l'inexécution de son débiteur peut parfois même se retourner contre lui : « l'absence de réaction de la part d'une SCI face au non-paiement des loyers et de l'inscription de ces créances à la procédure collective » avait servi d'indice pour caractériser une relation financière anormale constitutive d'une confusion des patrimoines[837]. Ainsi, la coopération qui découle de la bonne foi impose une dose minimale d'assistance des contractants entre eux, leur imposant d'user d'une sanction lorsque celle-ci permet de colmater la dette. Le contractant est tenu d'un véritable devoir de réaction lorsqu'il dispose d'un droit lui donnant l'occasion d'éviter ou de ne pas aggraver le préjudice de son cocontractant. Lorsque survient le dysfonctionnement, il a le devoir de réagir en temps utile en mettant sa prérogative en œuvre : le contentieux rassemble de nombreux exemples ayant trait aux sanctions de l'inexécution mais, théoriquement, toutes les prérogatives unilatérales peuvent être concernées.

171. Les sanctions possibles du devoir de réaction pour éviter le préjudice du cocontractant – Le devoir de réaction, afin d'éviter le préjudice du contractant offre plusieurs manières de sanctionner l'inertie du contractant. Deux hypothèses doivent être distinguées. La première est celle dans laquelle le non-usage de la prérogative n'a fait naître aucun droit au contractant peu réactif. C'est l'hypothèse du non-usage d'une clause contractuelle autre qu'une sanction comme la clause de liberté en droit maritime, d'une clause de renonciation ou de modification unilatérale du contrat. Dans ce cas, c'est la responsabilité civile contractuelle qui s'applique. Le contractant aurait dû réagir face au dysfonctionnement contractuel en mettant en œuvre la prérogative qui permettait d'éviter de faire peser des conséquences dommageables sur son cocontractant. L'abstention doit ainsi être la cause du dommage subi par le cocontractant :

---

[834] Cass. com., 5 décembre 1995, RJDA 1996, n°456, p.336 ; RTD civ. 1996, p.899, obs. J. Mestre ; Cass. com., 31 mai 1994, RJDA 1994, n°1129, p.871 ; RTD civ. 1995, p.105, obs. J. Mestre. : le garant pouvait engager la responsabilité du créancier quand ce dernier laissait s'accumuler les dettes impayées sans chercher à provoquer la résiliation du contrat. Un couple bailleur avait laissé s'accroitre la dette de loyers pendant 23 mois sans jamais mettre en œuvre la clause résolutoire ; voir également, Cass. 1re civ., 16 juillet 1998, JCP 1999, II, n°10000, note B. Fages.

[835] BARBIER H., « De la vaine invocation de la clause résolutoire « de plein droit » par le débiteur défaillant ! », note sous Civ. 3e, 27 avril 2017, RTD Civ. 2017 p.854.

[836] V. également : FAGES B., « L'obligation d'agir en temps utile afin de limiter la dette de la caution », JCP G, n°1, 1999, II, p.1000, note sous Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, JCP G 1999, II.

[837] Cass. Com., 28 février 2018, n°16-26.735.

si le transporteur s'était prévalu de sa clause de modification unilatérale du contrat pour changer de port, les marchandises du propriétaire auraient été sauves. Les juges devront également analyser la longueur de l'abstention[838]. Dans notre cas, c'est le plus souvent d'une abstention définitive dont il s'agit. Mais l'usage du droit peut tout à fait être tardif et causer également un préjudice. Les juges devront alors apprécier le laps temporel pendant lequel le contractant s'est abstenu pour déterminer sa mauvaise foi. La deuxième hypothèse concerne le cas dans lequel l'inertie du contractant, au-delà du préjudice causé, a fait naître un droit pour le titulaire fautif. C'est le cas des contractants auxquels il est reproché de ne pas avoir mis en œuvre une sanction en laissant la dette de leur partenaire s'aggraver pour venir finalement la réclamer. Là aussi, leur absence de réaction face à un dysfonctionnement contractuel amènera les juges à apprécier la longueur de l'abstention qu'ils n'hésitent pas à faire figurer dans l'arrêt : « en s'abstenant pendant plus de deux ans[839] » ; « pendant deux années supplémentaires[840] ». Le critère temporel est ainsi toujours présent, même en l'absence de délai préfix. Parce qu'elle a fait naître ou augmente une créance, la sanction idéale serait de déchoir le titulaire de mauvaise foi. Cependant, il faudra préférer la responsabilité contractuelle qui découle des limites érigées par la jurisprudence *Les Maréchaux*, empêchant les juges de toucher à la substance de la créance. La seule possibilité pour eux de contourner cette jurisprudence sera de fixer un montant de dommages-intérêts équivalent à la créance illégitime ou de démontrer que l'absence de réaction du créancier a traduit une volonté de renoncer à la créance. Les sanctions du devoir de réaction dans le but d'éviter le préjudice du cocontractant résident donc principalement dans l'octroi de dommages-intérêts avec, exceptionnellement, des possibilités de réduire ou de supprimer la créance lorsque celle-ci est née de l'inertie du créancier. Ce n'est que lorsque le titulaire du droit inutilisé est également victime que les hypothèses de restriction du droit subjectif redeviennent envisageables.

---

[838] BRUNEL F., *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, Thèse, Université Clermont Auvergne, 2017, n°341, p.257.
[839] Cass. com., 5 décembre 1995, RJDA 1996, n°456, p.336 ; RTD civ. 1996, p.899, obs. J. Mestre
[840] Paris, 22 juin 2001, n°1999/17644, D. 2002. 843., obs. C. Coulon

Paragraphe second : Le devoir de réagir pour minimiser son propre préjudice

172. Le devoir de réaction du contractant pour minimiser son propre préjudice est dans l'intérêt du cocontractant – Devoir réagir pour limiter son propre préjudice semble appartenir, d'intuition, à la première catégorie des devoirs de réaction : celle qui impose au contractant de préserver ses propres intérêts. Il n'en est rien. La victime qui subit un dommage du fait d'une inexécution du cocontractant obtient le droit d'être indemnisé. Lui reconnaître un devoir de minimiser son dommage permet ainsi d'éviter au responsable de payer des dommages-intérêts particulièrement excessifs au regard des moyens dont disposait la victime pour minimiser ce préjudice. L'intérêt du contractant victime (ne pas subir de préjudice), à l'occasion de la faute, change de main : il devient celui de l'auteur de la faute, donc du cocontractant (ne pas avoir à payer une indemnisation excessive). C'est ce dernier qui a désormais intérêt à ne pas voir le dommage s'aggraver : un bâtiment s'effondrer, un incendie être maîtrisé ou des marchandises périr. La Cour de cassation fait preuve d'une grande clarté à ce sujet : pour justifier son refus de reconnaître une obligation de minimiser son propre dommage en droit positif français, elle utilise la formule suivante : « l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et […] la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable[841]». La commission de la faute, ou le déclenchement de la garantie selon les cas, fait varier l'intérêt de la victime vers le responsable.

173. Minimiser son propre dommage participe à l'efficacité du contrat – Les arguments en faveur d'une consécration d'un devoir de minimiser son propre dommage ont la particularité de toucher à la fois à la morale et à l'économique. Pour certains, la responsabilisation des victimes induite par la minimisation du dommage traduirait une attitude plus soucieuse des intérêts d'autrui[842]. Pour d'autres, une telle

[841] Cass. civ. 3ème, 10 juillet 2013, n°12-13.851, Gaz Pal., oct. 2013, p.282, note D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 14 nov. 2013, n°318, p.16 obs. M. Mekki ; RDC 2014, n°1, p.27, chron. O. Deshayes ; Cass. civ. 2ème, 2 juillet 2014, n°13-17.599, JCP G. 2014, 1034, obs. Y. Dagorne-Labbe ; RDC 2015, n°1, p.24, note G. Viney ; D.2014.124, chron. Ph. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2014.893, obs. P. Jourdain.
[842] PÉRÈS C., « La morale et le droit patrimonial », *in* FENOUILLET D., BUREAU D., FRANCE D. (dir.) *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p. 161 ; RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., *Droit du commerce international*, 3e éd.,, Dalloz, 2018, n°72, p.60.

modération du préjudice entrainerait une réduction des coûts[843]. Se rejoignent alors les deux destinations du devoir de réaction qui, lui aussi, en renforçant l'efficacité économique et sociale du contrat concourent à son efficacité juridique. La minimisation de son propre dommage est naturellement un outil redoutable d'efficacité contractuelle puisqu'elle encourage le créancier victime de s'adapter rapidement à l'inexécution en recherchant ailleurs « l'utilité escomptée du contrat[844]» et au débiteur fautif de s'assurer que la réactivité de son partenaire l'empêchera de payer des dommages-intérêts excessifs. Ainsi, pour un auteur, la fonction du devoir de minimiser le dommage serait également de respecter l'économie du contrat lors de la liquidation des dommages-intérêts[845].

174. Annonce – Afin d'expliquer en quoi l'exigence de minimiser son propre dommage peut faire naitre un véritable devoir de réaction sur la tête du contractant victime, il est nécessaire d'évoquer les différents fondements qui permettent d'obliger une victime à minimiser son dommage (**I)** avant de s'interroger sur la nature de la sanction qu'elle engendre (**II**).

I. Les fondements du devoir de réagir pour minimiser son propre préjudice

175. Annonce - À l'heure de la consécration probable et imminente du devoir de minimiser son propre dommage en droit positif français, il est nécessaire de retracer son historique (**A**) avant de s'interroger sur son fondement théorique qui permettra de le raccrocher aux devoirs contractuels (**B**). Le rôle prédominant de la bonne foi conduira, là encore, à considérer que sa consécration prochaine entraînera nécessairement une réactivité accrue des contractants et, incidemment, un accroissement du domaine du devoir de réaction qui obligera le contractant à apporter une réponse juridique au dommage qu'il subit (**C**).

---

[843] VINEY G., "Rapport de synthèse », in *Faut-il moraliser le droit de la réparation du dommage ?* LPA, 20 nov. 2002, n°232, p.66 ; BÉHAR-TOUCHAIS M., « L'ordre concurrentiel et le droit des contrats », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éd. Frison-Roche*, 2003, p.245

[844] MUIR-WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain », art. préc., p.45.

[845] PIMONT S., « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », RLDC 2004, p.15.

A. La reconnaissance progressive d'un devoir de minimiser le dommage

176. L'absence de reconnaissance d'un devoir de minimiser son dommage en droit positif français – En raison du principe réparation intégrale du dommage qui gouverne le droit français de la responsabilité civile, la jurisprudence a toujours refusé d'admettre un devoir, pour la victime, de minimiser son propre dommage[846]. Ce dernier, qui pourrait se définir comme « l'obligation pour le créancier de prendre toute mesure propre à limiter le dommage résultant de l'inexécution du contrat, dont l'inobservation l'expose à une réduction des dommages-intérêts si la perte avait pu être évitée[847]», se retrouve principalement dans les droits issus des pays de *common law*. Née de l'obligation de remplacement dans la vente de marchandise[848] avant de devenir un pilier des droits anglo-américains, elle se retrouve aujourd'hui dans certains droit continentaux[849]. Plus encore, c'est dans le domaine contractuel et international que sa consécration est la plus éclatante. Ainsi, l'article 77 de la CVIM dispose que « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte ». Les principes UNIDROIT[850] et les principes du droit européen des contrats[851] ne disent pas autre chose. Le droit positif français ne connaît aucune disposition similaire. Est-ce à dire qu'il est impossible de sanctionner la victime qui n'aurait pas modéré son dommage ?

177. Possibilités offertes par le droit français pour sanctionner le contractant qui n'aurait pas minimiser son dommage – La Professeure Viney remarquait qu'il existe « en droit français des moyens non négligeables de sanctionner, par une diminution de l'indemnité, l'attitude négligente de la victime ou du créancier qui a laissé le dommage se développer sans réagir[852]». Tout d'abord, certains textes de droit positif peuvent reconnaître une obligation de minimiser son dommage de manière explicite. Tel est le cas de l'article L.172-23 du code des assurances qui dispose que

---

[846] Cass. civ. 3ème, 10 juillet 2013, n°12-13.851, Gaz Pal., oct. 2013, p.282, note D. Houtcieff ; Gaz. Pal. 14 nov. 2013, n°318, p.16 obs. M. Mekki ; RDC 2014, n°1, p.27, chron. O. Deshayes ; Cass. civ. 2ème, 2 juillet 2014, n°13-17.599, JCP G. 2014, 1034, obs. Y. Dagorne-Labbe ; RDC 2015, n°1, p.24, note G. Viney ; D.2014.124, chron. Ph. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2014.893, obs. P. Jourdain
[847] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., v° « minimisation des pertes ».
[848] MUIR-WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain », art. préc., p.45.
[849] Art. 1227 du Code civil italien ; Art. 1710 b du Code civil argentin.
[850] UNIDROIT, art. 7.4.8
[851] PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS, art. 9 :505.
[852] VINEY G., « Rapport de synthèse », art. préc. p.66.

« l'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables ». Il ajoute que l'assuré serait « responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution résultant de sa faute ou de sa négligence ». Ce texte, cantonné aux assurances maritimes, n'est toutefois pas d'une portée suffisamment large pour conclure à l'existence d'un devoir de minimiser son dommage en droit positif français. Toutefois, la Professeure Anne Laude remarquait que, la plupart du temps, le devoir de modérer son dommage relevait de l'implicite. Sur le fondement du partage de responsabilité, de l'acceptation des risques ou de la faute de la victime[853], la jurisprudence a fait quelques ouvertures en matière contractuelle, reprochant ainsi à la victime d'une rupture brutale des relations commerciales établies de ne pas avoir limité son préjudice en usant de sa faculté de remplacement pour sa reconversion[854], à l'acquéreur d'un équipement victime d'un défaut de délivrance de ne pas avoir recherché de nouveaux contrats[855] ou encore à l'assuré-victime qui ne cherche pas un autre assureur pour garantir son véhicule tout en se plaignant d'un préjudice de privation de jouissance de l'automobile[856]. Ailleurs, c'est sur le fondement de la proportionnalité dans la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution qu'il avait été reproché à un maître d'ouvrage qui souhaitait obtenir la destruction d'un immeuble non-conforme, de ne pas avoir fait les démarches auprès de la mairie pour trouver des solutions alternatives avant de lui refuser toute forme d'indemnisation[857]. Rajoutons enfin qu'il est tout à fait possible de stipuler une clause de minimisation du dommage par laquelle les parties peuvent prévoir de limiter le montant de la réparation dès lors que le débiteur n'aura pris aucune mesure raisonnable pour limiter son préjudice[858]. Une telle clause se verrait probablement annulée si elle porte sur un préjudice corporel ou réputée non-écrite si elle est de nature à créer un déséquilibre significatif entre des droits et obligations des parties. Malgré quelques jurisprudences encourageantes, la Cour de cassation refuse

---

[853] LAUDE A., « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », art. préc., p. 55.
[854] Douai, 15 mars 2001, Dr. Aff. 2002, p.307 et s., note Ch. André.
[855] Versailles, 26 novembre 1986, Gaz. Pal. 1987. 2, somm., p.402.
[856] JOURDAIN P., « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ? », RTD. civ. 2012.324, note sous Civ. 2e, 24 nov. 2011, n°10-25.635, D.2012. 141.note H. Adida-Canac ; ibid. 644, chron. H. Adida-Canac, O.-L. Bouvier et L. Leroy-Gissinger ; JCP 2012, n°170, note V. Rebeyrol ; RCA 2012 comm. 34, obs S. Hocquet-Berg et n°530, obs. Ph. Stoffel-Munck.
[857] BARBIER H., « Un parfum de devoir du créancier de modérer son dommage », RTD Civ. 2018. 900, note sous Civ. 3e, 21 juin 2018, n°17-15.897, à paraitre au Bulletin, D.2018.1385, Civ. 3e, 12 avril 2018, n°17-26.906, inédit, RDI 2018.398, obs. P. Malinvaud.
[858] MESTRE J., RODA J.-C. (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaire*, Lextenso, 2011, v° « Clause de minimisation du dommage ».

toujours de consacrer le devoir de minimiser son dommage tandis que projets et avant-projets se multiplient pour en plaider l'adoption.

178. Réception progressive du devoir de minimiser son propre dommage en droit français – La position de la jurisprudence française ne doit pas occulter le fait que de nombreuses voix se sont élevées en doctrine pour faire admettre un devoir de minimiser son propre dommage. Une bibliothèque ancienne et fournie appelle régulièrement le législateur à revoir sa position[859]. La règle figurait déjà dans l'avant-projet de réforme Catala-Viney[860] ainsi que dans le projet de réforme proposé par le Professeur Terré qui disposait qu'une réduction des dommages et intérêts devait intervenir lorsque le créancier « n'a point pris les mesures sûres et raisonnables, propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice[861] ». Répondant à cet appel de modernisation et d'unité avec le droit privé européen[862], le législateur s'est emparé de la question à l'occasion du projet de réforme de la responsabilité civile. Sa consécration en droit français est imminente puisque l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 dispose que : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice[863]». Tout indique à terme, si le calendrier en offre le loisir, qu'il devrait entrer en vigueur car le Sénat n'a rien trouvé à redire, si ce n'est modifier sa numérotation[864]. Sans surprise, les dommages corporels sont exclus du champ

---

[859] REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2002 ; DERAINS Y., « L'obligation de minimiser son dommage dans la jurisprudence arbitrale internationale », RDAI n°4-1987, p.375 et s. ; GRÉAU F., « Le droit français peut-il faire une place au devoir de minimiser son dommage ? », *in Les devoirs en droit*, dir. S. BENISTY Fondation Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017 ; WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », LPA, nov. 2002, p.50 ; MEKKI M., « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage », note sous Cass. 3e civ., 10 juillet 2013, n°12-13851, Gaz. pal., 14 nov. 2013, n°318 ; LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats* 2020-2021, *op. cit*., n°0113.32, p.77.

[860] CATALA P., VINEY G., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et u droit de la prescription*, Art. 1373 : « Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnées, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ».

[861] TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, v. art. 121, al.2.

[862] MEKKI M., « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », Gaz. pal., 2 mai 2017, p.12-15.

[863] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, mars 2017, p.8, art. 1263.

[864] SÉNAT, *Proposition de loi, Session extraordinaire de 2019-2020*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art. 1264 : « Les dommages et intérêts peuvent être réduits lorsque la victime n'a pas pris

d'application de l'article. Par ailleurs, le choix du terme « éviter l'aggravation de son préjudice » n'est pas anodin puisqu'il pourrait faire obstacle à la sanction d'une victime pour ne pas avoir tenté de réduire un préjudice déjà subi[865]. La seule absence de mesures préventives ou réactives (si le préjudice s'accroît dans le temps et que son étendue peut être limitée) pourrait faire l'objet d'une sanction. En toute hypothèse, la réforme devrait étendre l'obligation de minimiser le dommage à la matière contractuelle, ce qui soulève la question de ses fondements.

B. Le fondement du devoir de minimiser son propre dommage en matière contractuelle

179. La pluralité de fondement possibles du devoir de minimiser son propre dommage en matière contractuelle – Les fondements avancés du devoir de minimiser son propre dommage en matière contractuelle sont à la fois d'ordre économique et juridique. En droit de la *Common law*, le fondement principal de la *mitigation of damages* réside dans l'analyse économique du droit selon laquelle un tel comportement permettrait de réduire les coûts et n'aurait pas grand-chose à voir avec la bonne foi. La Professeure Muir-Watt le résume ainsi : « Car tout ce qu'on lui demande, en bon protestant, c'est de limiter les dégâts, de cesser de pleurer sur le lait renversé et d'aller de l'avant, dans l'intérêt du marché avant tout, tant mieux si l'action profite incidemment au cocontractant[866]». La chose deviendrait possible, selon le même auteur, que lorsque la bonne foi est entendue comme une « obligation de fraternité contractuelle qui obligerait le créancier à porter assistance à son débiteur[867]». Même si le droit français a fait quelques pas vers cette vision utilitariste du droit des contrats, il aurait probablement du mal à introduire ce mécanisme sous cette bannière, d'autant plus que l'idée selon laquelle l'utilitarisme est source d'efficacité économique est en net recul depuis quelques

---

les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

[865] AUBERT J.-L., « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? », RJDA 2004.335 : « Dès lors que la victime disposait de moyens « sûrs, raisonnables et proportionnées » pour empêcher la production du dommage – en tout ou en partie d'ailleurs – elle est fautive de ne pas les avoir mis en œuvre, comme elle l'est, dans les mêmes conditions, pour ne pas s'être opposé à l'aggravation du préjudice » ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.,* n°1080, p.826.

[866] MUIR-WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain », art. préc., p.45

[867] *Ibid*

années[868]. On ne saurait, ainsi, expliquer un tel devoir uniquement par ses aspects économiques. Par ailleurs, certains auteurs ont tenté de rattacher le devoir de minimiser son propre dommage à la notion d'équité, dont on peut désormais trouver trace à l'article 1194 du Code civil. La recherche du juste et l'adaptation aux circonstances que sous-tend cette notion est séduisante mais présente un défaut de taille. En droit français, l'équité n'est pas un outil d'analyse des comportements. Elle s'affaire principalement à corriger son contenu ou l'effet d'une loi particulière[869] tandis que le devoir de minimisation du dommage relève moins de l'obligation que du devoir[870] puisqu'il s'agit avant tout d'un nouvel outil d'appréciation du comportement du contractant[871]. Enfin, la théorie de la causalité est également avancée en ce qu'elle implique l'appréciation du rôle causal de la victime dans la réalisation du dommage. Le Professeur Laude remarque qu'un tel fondement est insuffisant car « ce rôle causal est parfois distant et n'intervient en définitive qu'*a posteriori* pour justifier la modération imposée par le juge[872]» avant de conclure que la plupart des fondements avancés sont insuffisants et qu'une incertitude règne en la matière.

180. Le fondement retenu : la bonne foi – En matière contractuelle du moins, l'essor du devoir de minimiser son dommage s'explique principalement par la bonne foi. Cette dernière, dans sa fonction régulatrice, impose un comportement positif et dynamique tourné vers l'efficacité du contrat qui pourrait, sans problème, fonder théoriquement la consécration du devoir de minimiser son propre dommage en matière contractuelle : c'est d'ailleurs ce que pensent la plupart des auteurs[873]. Plus

---

[868] EISENBERG M. A., "Behavioral Economics and Contract Law", *in* ZAMIR E., TEICHMAN D., *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p.439: avançant l'idée selon laquelle la solidarité et la coopération sont parfois plus profitable économiquement.

[869] V. *Supra*, n°126.

[870] ANTIPPAS J., *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021, N°21.541, p.422 : « Il semble, d'un point de vue technique, s'agir d'un devoir davantage que d'une obligation, spécialement parce que rien ne pourrait juridiquement contraindre une victime à minimiser son dommage ; il est seulement envisagé d'opposer à cette dernière son absence de diligence en la matière ».

[871] REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, th. préc., n°184 et s., p.118-125 : l'auteur ne retient l'équité qu'en tant que fondement exceptionnel du devoir de minimiser son propre dommage ; DREYSSÉ D., *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, th. préc., n°404, p.407 ; WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », art. préc., p.50

[872] LAUDE A., « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », LPA, 20 novembre 2002, p. 55

[873] REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, th. préc., n°219 et s., pp. 137-142 : c'est le fondement qui a la préférence de l'auteur plaidant pour une reconnaissance d'une obligation de minimiser le dommage en droit positif français ; MEKKI M., « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage », art. préc., ; RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., *Droit du commerce international*, art.

particulièrement, c'est la loyauté et la coopération induites par la bonne foi qui permettraient de le fonder. Pour illustrer son absence de consécration en droit français, des auteurs en tirent la conclusion selon laquelle « une coopération n'est pas exigée de la victime[874]». Nous pensons, à la suite de ces auteurs, que le devoir de minimiser son propre dommage est un comportement tourné vers l'intérêt d'autrui interdisant au créancier d'adopter un comportement passif vis-à-vis de ses prérogatives dès lors que le dommage est susceptible d'être évité ou diminué. Reconnaître un devoir de minimiser le dommage suppose que le créancier d'une obligation inexécutée reste tenu d'une obligation de bonne foi. La chose est cependant tout à fait possible même en l'absence d'extension exprès : tout d'abord, le devoir de bonne foi s'accroche aux différentes obligations qui survivent au contrat[875]. L'on sait ensuite que la mise en œuvre des prérogatives contractuelles est gouvernée par le devoir de bonne foi ce qui suppose qu'un contractant qui s'en prévaut déloyalement puisse en être déchu mais, symétriquement, qu'une déloyauté sous forme d'abstention puisse être sanctionnée également[876]. Enfin, la procéduralisation des sanctions de l'inexécution par la réforme du droit des contrats laisse entrevoir un véritable dialogue entre elles et l'éventuel devoir de minimiser son dommage, au point que les premières pourraient servir de support au second.

C. Le devoir de réaction s'intègre dans celui de minimiser le dommage.

181. Le comportement réactif est intimement lié au devoir de minimiser son propre dommage – Le devoir de minimiser son propre dommage impose à la fois au contractant de réagir, lorsqu'il lui est reproché son inaction face à l'aggravation du préjudice, comme de ne pas réagir, toutes les fois où ses actes auront

---

préc., n°72, p.60 ; LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats* 2020-2021, *op. cit*., n°0113.32, p.77 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°1080, p.826 : l'obligation de bonne foi permet déjà de sanctionner un créancier en cas de comportement particulièrement répréhensible qui aurait en définitive causé au moins une partie de son dommage ; *contra* CORMIER M., BEUMERS T., « Regards comparatistes sur l'obligation de minimiser le dommage dans le projet de réforme de la responsabilité civile », RLDC 2017, p.44 et s. : l'argument principal contre la bonne foi en tant que fondement du devoir de minimiser son dommage réside dans le fait que cette dernière est inopérante dès lors que la minimisation du dommage est étendue à l'extracontractuelle ; v. également en ce sens PIMONT S., « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », art. préc. ; un autre argument a été soulevé par le Professeur Laude : LAUDE A., « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », art. préc., p. 55 : « Peut-on considérer que l'on est de mauvaise foi lorsque l'on choisit l'attitude à adopter dans son intérêt face à l'inexécution du contrat plutôt que d'agir à son détriment ? »

[874] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°1128, p.1203.

[875] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., n°568, p.307.

[876] V. *Supra*, n°68 et n°69.

concouru à l'aggravation du préjudice. Certes, la minimisation du dommage pourra parfois passer par la mise en œuvre d'actes matériels qui supposeront une réaction de la part de la victime, mais ces derniers n'auront pas la coloration juridique du devoir de réaction. Ainsi de l'acheteur puisant dans ses propres réserves de charbon pour faire face aux retards de livraison de son cocontractant[877] ou, au contraire, de l'acheteur décidant d'arrêter tardivement la production de marchandise confectionnés avec des produits non-conformes[878]. Pour le moins, le devoir de réaction occupe et occupera une place prépondérante dans l'appréciation de la minimisation du dommage. Cette dernière induit un devoir de réaction dans l'hypothèse où il commande d'apporter une réponse à un dysfonctionnement contractuel (ici, l'inexécution) par la mise en œuvre d'une réponse juridique en temps utile et conforme (un droit subjectif qui prendra le plus souvent la forme d'une sanction, mais aussi de tout autre prérogative) sous peine d'être sanctionné. Le devoir de réaction du contractant se logera ainsi dans la plupart des hypothèses concernées par la minimisation du dommage[879]. Dans la mise en œuvre de ses prérogatives, la consécration de la minimisation du dommage aurait pour effet d'accroître considérablement le domaine du devoir de réaction. Chaque faculté, prérogative ou pouvoir dont le contractant est titulaire pourrait désormais servir de support pour lui reprocher de ne pas avoir cherché à minimiser son préjudice dans l'intérêt du fautif. Là encore, le temps de réaction du contractant sera déterminant dans l'analyse, par les juges, de l'effectivité de la minimisation d'un dommage. Dans un arrêt aussi ancien que l'hypothèse est rare, les juges ont sanctionné l'absence de réaction du créancier dans la prévention d'une aggravation de son préjudice. La Cour d'appel de Paris avait énoncé qu'il n'est pas loisible « au créancier d'une prestation accomplie d'une façon défectueuse de laisser s'accroître le préjudice […] » en raison d'une anomalie qui aurait dû « être dénoncé à la compagnie dès 1919 », c'est-à-dire immédiatement après sa survenance[880]. Plus la réaction du créancier-victime est longue et tardive, plus les dommages-intérêts seront réduits. La proposition est d'autant plus convaincante lorsque l'on analyse les sanctions de l'inexécution consacrées par la réforme du droit des contrats dans lesquelles le critère temporel est omniprésent.

---

[877] Sentence CCI, n°8740, oct. 1996, Unilex, inédit.
[878] Rennes, 27 mai 2008, D.2010. 931., obs. C. Witz
[879] REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, th. préc., n°388 : « En vertu de l'obligation de minimiser le dommage, le créancier doit réagir rapidement aux négligences de son débiteur. Il doit ainsi notamment réclamer l'exécution des obligations contractuelles. » ; BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.
[880] Paris, 7 janvier 1924, D.P. 1924. 2. 143.

182. Les liens que tisseraient l'éventuelle obligation de minimiser son dommage avec le devoir de réaction dans le cadre de la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution – La place qu'occupe la mise en œuvre des sanctions dans l'appréciation du devoir de réaction n'est plus à démontrer. En droit anglo-américain, l'hypothèse du contractant qui n'aurait pas cherché à remplacer sa marchandise est topique[881]. Un passage en revue de quelques sentences internationales[882] laisse aussi apparaître que sanctionner la victime qui n'aurait pas minimiser son dommage en mettant en œuvre immédiatement la sanction contractuelle idoine est affaire courante[883]. C'est, en effet, parmi ses « moyens d'actions » face à l'inexécution qu'est le plus souvent recherchée l'inaction de la victime[884]. L'hypothèse est celle dans laquelle le créancier a laissé s'exécuter un contrat défaillant ou a subi une inexécution qui lui causait un dommage et dont la persistance est en partie causée par son inertie à prendre les mesures nécessaires, qu'elles soient matérielles ou contractuelles, comme se prévaloir des sanctions qui permettent d'anticiper, voire de prévenir l'aggravation d'un dommage comme le remplacement, la résolution unilatérale ou l'exception d'inexécution[885]. Prenons l'exemple d'un vendeur qui ferait savoir à l'acheteur, seulement quelques jours avant la date de livraison prévue contractuellement, que le navire qui devait transporter la marchandise n'est toujours pas parti du port qui se trouve à plusieurs semaines de voyage du port de destination. Physiquement et matériellement, il est impossible que le navire arrive à la date prévue. Imagine-t-on l'acheteur, qui ne se serait pas prévalu de

---

[881] MUIR-WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain », art. préc., p.45

[882] Sentence CCI n°2520, 1975, Clunet 1976 pp. 992-995, obs. Y. Derains : La responsabilité pour inexécution du débiteur avait été atténuée car le créancier avait fait preuve d'une certaine tolérance à son égard. Les arbitres décidèrent que « les créanciers ne réagirent pas à l'inexécution de plus en plus grave et irréversible de leur cocontractant avec une clarté et une détermination suffisante pour lever le doute. Face à la tolérance ainsi manifestée, le débiteur était en droit de supposer que les créanciers ne se serviraient pas de la faculté de résiliation qui leur était contractuellement concédée ». Ils en déduisent que « nonobstant les exigences de souplesse inhérentes aux relations commerciales, un tel comportement de la part des créanciers reflète un manque de rigueur et une négligence de nature à atténuer la responsabilité du débiteur pour ses propres manquements » ; Voir également en ce sens : Sentence CCI, n°2291 en 1975, JDI, 1976, p.988, obs. Y. Derains : Dès lors que le débiteur a exprimé son désir de ne pas se conformer à ses engagements, le créancier doit « faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable » dans la sauvegarde de ses intérêts. Preuve que la lenteur dans la mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée peut être source de manquement à son obligation de minimiser le dommage.

[883] OSMAN F., « L'ambivalence du silence en droit international privé et dans la *lex mercatoria* », in MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, t. 54, IRJS éd., p. 63 et s.

[884] REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, th. préc., n°387 et s.

[885] GUIGET-SCHIELÉ Q., « L'incompatibilité des sanctions de droit commun de l'inexécution contractuelle », RTD civ. 2021, p.797 : parlant de l'exception d'inexécution comme d'un mécanisme de prévention d'un préjudice.

l'exception d'inexécution anticipée, attendre patiemment l'arrivée du navire pour ensuite demander la résolution du contrat pour inexécution et s'en tirer à bon frais ? De telles hypothèses ne sont pas des cas d'école, d'autant plus lorsque l'on porte un regard plus attentif aux nouvelles sanctions de l'inexécution. Le juge français, à l'aide de celles-ci, pourrait tout à fait imposer au créancier un véritable devoir de réaction sur le fondement de l'obligation de minimiser son propre dommage *via* les sanctions de l'inexécution. L'article 1220 du Code civil autorise l'exception d'inexécution anticipée qu'à condition qu'elle soit mise en œuvre dans les « meilleurs délais ». La déchéance qu'elle suppose lorsqu'elle bénéficie directement à son titulaire se transformerait alors en réduction de dommages-intérêts lorsqu'elle aurait pu profiter au cocontractant par une mise en œuvre dans lesdits « meilleurs délais ». *Idem* pour le remplacement prévu à l'article 1223 du même code conditionné à sa mise en œuvre dans « un délai et à un cout raisonnable ». À lire ce dernier, le mécanisme de la réduction du prix subordonné à l'exécution imparfaite n'est possible qu'en raison d'une notification au débiteur « dans les meilleurs délais ». De son côté, l'exécution forcée en nature impose au créancier un devoir de mesure et de proportionnalité[886]. Rien n'empêche de penser, enfin, que la résolution unilatérale d'urgence, sans mise en demeure, puisse un jour servir de notion pivot sur laquelle le juge pourrait reprocher à un contractant de ne pas l'avoir utilisée face à une situation manifestement urgente. Ces exigences temporelles ne sont pas seulement des conditions de mise en œuvre de la sanction mais pourraient devenir de véritables supports de l'obligation de minimiser son propre dommage. Toutes ces prérogatives peuvent être considérées comme des outils de minimisation du dommage à condition d'être mises en œuvre en temps utile. S'il existe un délai de mise en œuvre de l'exception d'inexécution anticipée, le remplacement et la réduction du prix, n'est-ce pas précisément pour enfermer la sanction dans un laps de temps pendant lequel la sanction sera véritablement efficace mais illégitime (et facteur d'aggravation) une fois dépassé ? N'est-ce pas pour servir de support au juge pour apprécier si un créancier avait eu le temps de sanctionner son débiteur en temps utile et ainsi, de minimiser son propre dommage ? Tout cela ferait sens avec les délais parsemés dans les nouvelles sanctions de l'inexécution. À l'heure de la consécration prochaine du devoir de minimiser son dommage en droit français, le juge a désormais les fondements idoines pour accorder ce dernier aux sanctions de l'inexécution consacrant ainsi un véritable devoir d'apporter une réponse juridique en temps utile,

[886] V. *Infra*, n°317 et s.

autrement dit, un devoir de réaction. Si tel est le cas, le manquement au devoir de réaction du créancier victime conduira, non pas à éteindre son droit à indemnisation mais seulement à le limiter.

II. Les sanctions du devoir de réagir pour minimiser son propre préjudice

183. Une limite au principe de réparation intégrale du préjudice – Si la sanction naturelle du devoir de réaction pour la protection de l'intérêt du cocontractant réside dans l'engagement de sa responsabilité contractuelle, il peut en aller autrement lorsque son inertie a été créatrice. Le créancier victime d'une inexécution a légitimement droit à la réparation de son préjudice. Cependant, son inertie a fait naître un droit partiellement illégitime puisque son dommage aurait pu être évité par une réactivité salutaire. C'est ainsi le principe de la réparation intégrale du préjudice, créant un droit éponyme sur la tête du contractant qui va être corrigé. Ce principe fondamental, qui s'applique aussi bien à la responsabilité contractuelle que délictuelle, implique que le montant des dommages-intérêts fixé par le juge doit couvrir l'intégralité du préjudice sans toutefois le dépasser[887]. Le devoir de minimiser le dommage constitue donc un tempérament au principe de réparation intégrale[888]. Il y a, derrière cette réduction, l'idée de perte, de déchéance partielle du droit à réparation intégrale. L'on retrouve ainsi l'idée, chère au devoir de réaction, de supprimer, dès que la chose est possible, les conséquences profitables de l'absence de réaction du contractant.

184. La réduction du montant des dommages-intérêts – Les effets du devoir de minimiser son dommage sur le montant de l'indemnisation diffèrent selon que le dommage a été évité ou aggravé. Dans le premier cas, si le contractant a pris des mesures propres à éviter le dommage, son comportement profite à la victime puisqu'en vertu du principe de réparation intégrale, aucun préjudice n'est à indemniser[889]. En revanche, lorsque la victime n'a pris aucune mesure propre à éviter l'aggravation de son préjudice, cette dernière doit être privée de l'indemnisation correspondant au montant du préjudice évitable. Monsieur Reifegerste décrit concrètement le raisonnement suivi par

---

[887] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n°846, p.930
[888] LAUDE A., « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », art. préc., p. 55 : un tel tempérament est parfaitement admis par la théorie de la faute de la victime.
[889] REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, th. préc., n°514.

les juges ou les arbitres : le préjudice effectivement subi par le créancier est d'abord évalué avant de quantifier la partie du préjudice qui aurait pu être évitée pour finalement retrancher le montant du second sur le premier[890].

185. La prise en charge par le fautif du montant des mesures engagées par la victime - Le devoir de réaction suppose d'apporter une réponse en temps utile, mais aussi d'apporter une réponse conforme. L'on retrouve cette idée dans la minimisation du dommage, puisqu'il existe une bonne et une mauvaise réaction. Un auteur remarquait en ce sens que « l'inaction est toujours préférée à une action déraisonnable et précipitée [891]». En effet, le devoir de minimiser le dommage suppose de réagir raisonnablement à l'évènement dommageable. Les mesures prises par le créancier-victime seront déterminantes dans la fixation du montant de son préjudice. Il doit s'efforcer de placer le curseur de son appréciation entre deux extrêmes, la négligence et le déraisonnable. Si le contractant a réagi correctement, c'est-à-dire qu'il a pris des mesures raisonnables propres à limiter son dommage, celles-ci devront être intégralement prises en compte dans le montant de l'indemnisation. Ainsi, l'article 75 de la CVIM dispose que la victime qui engagerait des frais raisonnables pour acquérir des marchandises de remplacement est fondée à obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement[892]. Le raisonnement est le même lorsqu'il s'agit de frais de réparations, de déplacement ou encore de manutention. En revanche, lorsque le contractant surréagit, c'est-à-dire qu'il engage des frais démesurés pour minimiser son dommage[893], ceux-ci peuvent faire l'objet d'un refus d'indemnisation.

186. Conclusion de la section – Le devoir de réaction pour la protection de l'intérêt d'autrui correspond à la deuxième forme qu'il peut revêtir lorsque sa finalité réside dans la poursuite de l'efficacité purement contractuelle. Envers autrui, nous avons démontré que le devoir de réaction est fondé par la bonne foi. C'est elle qui impose au contractant d'user d'un droit qui aurait permis d'éviter ou de diminuer un préjudice subi par le cocontractant, c'est aussi elle qui fonde le devoir de minimiser son propre dommage

---

[890] *Ibid.,* n°523.
[891] DREYSSÉ D., *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, *op. cit*., n°407, p.412
[892] Dans la même veine, l'article 9 :505 des Principes européens des contrats ou l'article 7.4.8. al. 2 des principes Unidroit.
[893] WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », art. préc.

qui commande au contractant de réagir pour limiter son propre préjudice dans l'intérêt de l'auteur de la faute. Les sanctions diffèrent selon que l'absence de réaction a fait naître ou non un droit au titulaire à qui l'on reproche de ne pas avoir réagi. Lorsque l'absence de réaction n'a pas contribué à augmenter la créance contractuelle ou indemnitaire du contractant, c'est la responsabilité civile de ce dernier qui sera engagée. Lorsque, en revanche, l'absence de réaction du contractant lui a conféré un droit supplémentaire (augmentation de la dette du débiteur, augmentation des dommages et intérêts), juges et législateur tenteront de revenir à une logique de limitation, voire de suppression. Si, là aussi, la responsabilité contractuelle prévaut, plusieurs exemples montrent que le droit tente de déchoir le contractant inactif de l'avantage obtenu par son inertie. Le devoir de minimiser son propre dommage en est un exemple.

CONCLUSION DU CHAPITRE

187. Conclusion du chapitre – La diversité des manifestations du devoir de réaction laissent apparaître plusieurs finalités du devoir de réaction, qui se distinguent par l'intérêt vers lequel est tendu ce devoir. Le critère de l'efficacité a conduit à une subdivision téléologique fondée sur l'intérêt vers lequel est tendu le devoir de réaction. D'un côté, et c'est sa première forme, le devoir de réaction du contractant pour la préservation de son propre intérêt poursuit l'efficacité contractuelle en sanctionnant les longueurs et inerties préjudiciables d'un contractant dans la gestion de ses droits. Dans cette hypothèse, le titulaire du droit est le bénéficiaire direct de sa réactivité : elle conditionne l'effectivité de son droit. D'un autre côté, et c'est sa seconde forme, le devoir de réaction du contractant pour la protection de l'intérêt d'autrui insuffle un esprit de coopération sur le contrat dirigé vers sa bonne réalisation en imposant aux parties d'user de leurs droits dès lors que leur non-utilisation est susceptible de causer un préjudice à leur partenaire. Ici, c'est le cocontractant qui va être le bénéficiaire du droit sujet à l'inertie. Autrement dit, devoir réagir est synonyme, autant que faire se peut, de préservation de son propre intérêt par l'usage de ses droits comme de protection de ceux du contractant. Ces deux devoirs de réaction, qui se distinguent par leur finalité, ont cependant un point commun. Ils sont fondés par la bonne foi et ses émanations qui irriguent et fondent le devoir de réaction vers l'efficacité du contrat. Soit directement, lorsque son fondement est utilisé pour sanctionner l'absence de réaction du contractant ; soit indirectement, lorsque la bonne foi sert de soubassement théorique à des notions dans lesquelles se loge un devoir de réaction ; ainsi des délais-sanctions, ou du devoir de minimiser son propre dommage. Ces deux devoirs de réactions divergent, en revanche, dans leurs sanctions. La première forme du devoir de réaction trouve sa sanction naturelle dans l'impossibilité de se prévaloir du droit litigieux ; l'engagement de sa responsabilité civile n'intervient qu'à titre résiduel lorsque le droit pose un obstacle au prononcé de la déchéance. Une telle prévalence de la déchéance permet de prévenir le préjudice du cocontractant. La seconde forme du devoir de réaction privilégie au contraire la responsabilité civile, précisément parce que les mécanismes de déchéance n'auraient aucune utilité. Les limitations de droit n'interviennent que dans l'hypothèse où le manquement au devoir de réaction dans l'intérêt d'autrui a profité au titulaire inactif. Le droit, lorsque la chose est possible, s'emploie alors à faire disparaitre ou à limiter l'avantage obtenu. Tel est le cas lorsque l'inertie du contractant a conduit à aggraver

illégitimement la dette de son débiteur ou que, lui-même victime, il n'a pas cherché à réduire un dommage évitable. Les deux devoirs de réaction fonctionnent ainsi en miroir, et son régime sur le modèle d'un chiasme : envers soi-même, la déchéance prime sur la responsabilité ; envers autrui, la responsabilité prime sur la déchéance.

CHAPITRE SECOND : L'EXISTENCE D'UN DEVOIR DE RÉACTION ASSURANT L'EFFICACITÉ D'UNE OBLIGATION DONT LA FINALITÉ EST LA PROTECTION D'UN INTÉRÊT GÉNÉRAL

188. La transmission de la protection d'un l'intérêt général à l'outil contractuel – Apanage des institutions publiques, la protection de l'intérêt général couvre des domaines variés allant de la santé publique aux questions environnementales en passant par la cybersécurité ou encore de la dignité au travail. Autant de questions distribuées classiquement aux acteurs publics. Depuis plusieurs décennies toutefois, la protection d'intérêts sectoriels glisse entre les mains de ces derniers vers celles des personnes privées, notamment morales. L'ancien principe de *due diligence*[894]*,* qui irrigue traditionnellement les relations internationales publiques, à l'origine de nombreux standards, devoirs et obligations, se répercute ainsi sur le comportement des personnes privées à qui l'ont enjoint d'adopter un comportement vigilant et réactif face à la multiplication des risques issus de leur activité contractuelle présumée dangereuse[895]. Cette transmission s'effectue par le contrat, à la fois outil et réceptacle de l'intérêt sectoriel à protéger, qui le réceptionne par le mécanisme de l'obligation et du devoir.

189. La réception de la protection de l'intérêt général par le contrat – L'intérêt général n'est pas une notion étrangère du droit des contrats. La réforme du 10 février 2016 lui a offert une place dans le Code civil à l'article 1179 à propos des nullités, et les nombreux travaux du Professeur Mekki destinés à replacer le contrat dans son environnement proposent une vision plus sociale et solidaire du contrat, comme une « interface entre les intérêts particuliers des parties et l'intérêt général[896]». Les problématiques liées la protection de l'intérêt général se sont traduites, en droit des contrats, par la multiplication d'obligations et de devoirs auxquels se soumettent,

---

[894] DUPUY P.-M., KERBRAT Y., *Droit international public*, Dalloz, 2020, n°116, p. 126 ; LHUILIER G., *Le droit transnational*, Dalloz, 2016, p.232. ; voir également sa pénétration en droit privé : MUIR-WATT H., « Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinational en droit international public et privé », TCFDIP, vol. 2010-2012, p.242 ;

[895] BESSON S., *La due diligence en droit international*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Brill-Nijhoff, 2021, *passim*.

[896] MEKKI M., « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in* SUPIOT A. (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p.93-120, spéc., n°47 ; c'est au même auteur que nous devons l'étude la plus complète de la prise en compte de l'intérêt général par le contrat : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat, Contribution à l'étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.

volontairement ou de force[897], les contractants. Dès lors, les parties devront adopter un comportement réactif tendu vers la protection de l'intérêt visé par l'obligation.

190. L'essor d'un devoir de réaction à finalité d'intérêt général : la fonction sociale du devoir de réaction – La classification téléologique des devoirs de réaction nous conduit à distinguer la poursuite de l'intérêt général et celle des intérêts individuels, qui recherche l'efficacité purement contractuelle. Le devoir de réaction, comme toutes les normes comportementales, est attaché à la bonne exécution d'une obligation. Lorsque sa finalité réside dans la poursuite de l'efficacité du contrat, le devoir de réaction peut prendre différents chemins : l'un prend celui de l'efficacité économique tandis que l'autre emprunte celui de la coopération. Dans les deux cas cependant, c'est l'utilité attendue du contrat qui est poursuivie sans s'intéresser, finalement, à autre chose qu'aux intérêts particuliers des deux parties. Ce même contrat, en tant qu'instrument économique, ne saurait se départir de l'environnement dans lequel il évolue et des conséquences matérielles qu'il engendre[898]. Des intérêts particuliers des parties symbolisant l'efficacité du contrat, nous passons à l'intérêt général, qui dépasse les premiers. Cette protection de l'intérêt général par le contrat s'impose alors comme un remède à l'individualisme, comme un correctif aux dérives sociétales et environnementales de l'économie de marché. De la coopération à la solidarité, voire à l'humanitaire, le devoir de réaction peut trouver sa place dans le grand débat des fonctions du contrat et des comportements requis pour faire face aux dysfonctionnements d'un modèle économique. Les conséquences de l'activité contractuelle humaine dans une société mondialisée où les États reculent, laissant aux acteurs privés le soin de réglementer des activités qu'ils n'arrivent plus totalement à saisir dans un contexte de crise environnementale et sociale, obligent à repenser le contrat par ses fonctions, et plus particulièrement celui conclu par l'entreprise[899]. Il oblige à dépasser la vision purement économique du contrat sur lequel se greffe alors « un véritable rapport social et comporte

[897] Ce n'est pas parce que l'origine de l'obligation contractuelle est extracontractuelle (forçage du contrat) qu'il s'agit nécessairement de protéger un intérêt général. L'obligation de sécurité, découverte au début du siècle dernier en matière de transport et qui a été étendue à d'autres domaines comme la vente, se rattache davantage à l'efficacité du contrat qu'à l'intérêt général. Fondée sur l'équité, elle n'est apparue que comme une des suites de l'obligation que le cocontractant pouvait légitimement attendre du contrat.
[898] LE TOURNEAU PH., « Responsabilité sociale des entreprises et droit des affaires », *in* TRÉBULLE F.-G., UZAN O., (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p.256 ; v. déjà : COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'état*, PUF, 2007.
[899] TRÉBULLE F.-G., « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », BJS 2007, p.1337.

une certaine densité dans le temps[900]». Enfin cette protection de l'intérêt général ne saurait être dissociée des droits subjectifs des contractants. Parce que le devoir de réaction impose la mise en œuvre d'un droit subjectif, les fonctions de ce dernier ne sont jamais éloignées. Le Professeur Ghestin remarquait ainsi que « les droits subjectifs, modes de relations sociales, ne peuvent être totalement étrangers à la recherche de l'intérêt général ou, si l'on préfère du bien commun. Il y a un élément de devoir social dans tout droit subjectif[901]». Le devoir de réaction, qui suppose la mise en œuvre en temps utile d'un droit subjectif, s'arrime ainsi naturellement à la protection de l'intérêt général. Comment ne pas penser au verbe « réagir » lorsqu'il s'agit de la protection d'un intérêt général ? Ne reproche-t-on pas, d'instinct, aux grands acteurs économiques de ne pas avoir réagi face à une catastrophe environnementale ou, à plus petite échelle, face au harcèlement moral d'un salarié ?

191. Annonce – Nous appellerons ainsi une « obligation dont la finalité est la protection de l'intérêt général » toute exigence coercitive pesant sur le contractant en raison de son activité contractuelle particulière et dont le but est de protéger un intérêt extracontractuel, c'est-à-dire allant au-delà des simples intérêts particuliers des parties. Ces obligations portent en elles une exigence de réactivité accrue et nous permettent d'inscrire le devoir de réaction dans le débat des fonctions sociales du contrat. La démultiplication des normes auxquelles les contractants sont soumis et dont la finalité repose sur la protection d'un intérêt supérieur au contrat poussent à s'interroger sur la place du devoir de réaction au sein de la mise en œuvre d'une obligation de cette nature (**section première**). Après avoir démontré que le devoir de réaction est une condition essentielle de l'exécution de certaines obligations protégeant un intérêt général, nous déterminerons quelles sont les conséquences de sa bonne ou mauvaise mise en œuvre (**section seconde**).

---

[900] MUIR-WATT H., « Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost », *in. La relativité du contrat. Travaux de l'Association Henri Capitant*, n°109.
[901] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, *op. cit.,* n°220.

Section première : L'identification des sources d'un devoir de réaction assurant l'efficacité d'une obligation ayant pour finalité la protection de l'intérêt général

192. Renouveler les fonctions du contrat pour imposer de nouvelles obligations - Réfléchissant sur l'éthique du monde des affaires, l'écrivain André Maurois proposait une description du monde professionnel que le juriste aurait du mal à désavouer : « Il est donc impossible d'énoncer des règles absolues de l'honnêteté en affaires, mais seulement des règles relatives à un temps et à un lieu. […] Mais par le seul fait de se présenter dans la société comme banquier, ou comme notaire, ou comme industriel, il est convenu que l'on assume certaines responsabilités et que l'on fait, non à tels hommes en particulier, mais à la société des hommes, certaines promesses[902]». L'écrivain fait écho aux obligations contractuelles ayant pris leur essor en miroir des grandes évolutions de l'industrie, de la finance et du travail. Le salariat et la société de consommation ont fait surgir des acteurs éponymes et des risques nouveaux, la place prépondérante du commerce a nécessairement accru les responsabilités, d'autant plus lorsqu'il s'est mondialisé. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'essor d'obligations que les contractants n'ont pas nécessairement voulues mais qui leur impose de prendre en considération un intérêt qui dépasse non seulement le leur mais aussi le strict cadre contractuel. Ces obligations contraignantes, dont la liste s'allonge d'année en année, comportent des exigences comportementales diverses pour accompagner leur mise en œuvre. Parmi elles, le devoir de réaction occupe une place prépondérante. L'étude veut ici proposer un essai de théorisation générale du devoir de réaction dans les différentes obligations, notamment légales, imposées aux contractants. Pour y parvenir, nous réunirons d'abord les différentes sources d'obligations poursuivant une finalité d'intérêt général et de nature à créer un devoir de réaction **(paragraphe premier**) pour, ensuite, étudier son fonctionnement en leur sein (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : L'identification de l'obligation source d'un devoir de réaction

193. Annonce – Élaborer une théorie générale du devoir de réaction dans les différentes obligations imposant la protection de l'intérêt général suppose tout d'abord d'identifier les sources possibles d'un tel devoir. La diversité des normes non-

[902] MAUROIS A., *L'Amérique inattendue*, Mornay, Paris, 1931, p.125.

contraignantes issues de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) peut tout d'abord imposer un devoir de réaction au contractant à condition, naturellement, que le contractant s'y soumette et qu'il y soit obligé (**I**). La relative efficacité des normes de *soft law* a conduit le législateur et la jurisprudence à multiplier les obligations coercitives (**II**) qui viennent s'ajouter à celles qui existaient déjà, au sein duquel le devoir de réaction constitue une véritable condition à la bonne exécution desdites obligations, et dont les manifestations sont beaucoup plus facilement identifiables

I. La source volontaire de l'obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général

194. La source contractuelle du devoir de réaction provient du volontariat, inhérent au concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) – La source volontaire de l'obligation ayant pour finalité la protection de l'intérêt général repose principalement sur les mécanismes de droit souple, pouvant parfois conduire les contractants à la prise en charge d'un intérêt supérieur au contrat. Le droit souple peut être définit comme une source informelle du droit qui, à la différence du droit tel qu'il est classiquement entendu, n'est ni obligatoire, ni sanctionnée mais, parfois, spontanément respectée[903]. En droit des contrats, ses nombreuses manifestations se retrouvent principalement dans le sillage du concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) dont l'objectif est de promouvoir une éthique des affaires par la mise en avant d'un « capitalisme moral, équitable et transparent[904]» que les structures intègrent à travers des mécanismes de compliance. Plus précisément, la RSE se définie par ses deux grands traits caractéristiques : il s'agit d'une nouvelle forme de gestion de l'entreprise fondée sur l'autorégulation. Une nouvelle forme de gestion d'une part, parce que les entreprises intègrent les « préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec leurs parties prenantes[905]». Une autorégulation

---

[903] MALINVAUD PH., BALAT N., *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n°191, p.182 ; voir également : THIBIERGE C., « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTD. Civ., 2003, p.509 ; GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, *op. cit*., 2018, n°376, p. 322 ; FABRE-MAGNAN M., BRUNET F., *Introduction générale au droit*, Thémis droit, PUF, 2017, n°54, p.66.
[904] TERRÉ F., MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, *op. cit.,* n°64, pp. 81-82.
[905] MERCIER V., « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *in* MARTIN-CHENUT K., DE QUENAUDON R., *La RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationales*, A. Pedone, 2016, p.261 ; DOUCIN M., « La responsabilité sociale des entreprises n'est pas un concept tombé du ciel », *in* TRÉBULLE F.-G., UZAN O., (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises*, *op. cit*., p.32.

d'autre part, car la normativité de la RSE repose sur l'adhésion volontaire des entreprises. Elle suppose que les parties puissent décider elles-mêmes de se contraindre à respecter un engagement socialement responsable qui les conduira à adopter le modèle de la diligence raisonnable[906]. Naturellement, c'est par le recours aux mécanismes du droit des obligations que les parties vont se soumettre à ces normes[907] en transformant une norme de comportement non-contraignante en une véritable obligation juridique donnant naissance à un devoir de réaction. Même si cette nature volontaire de l'engagement est largement battue en brèche par le retour en force des sources contraignantes[908], les normes RSE reposent largement, encore aujourd'hui, sur la bonne volonté des contractants. Lorsque les parties décident d'intégrer des normes théoriquement non-contraignantes issues de la RSE dans le contenu de leur contrat, ce dernier dépasse sa simple fonction d'instrument économique pour se transformer en outil de régulation sociale[909]. Les parties, en intégrant des normes alternatives, leur conférant ainsi la force obligatoire du contrat, contribuent à transformer ce dernier en une véritable source privée du droit[910]. Le contrat décroche alors une fonction sociale plus marquée[911]. Par la soumission volontaire à des normes non-contraignantes, les contractants créent un espace d'internormativité par lequel ils s'obligent à adopter un comportement que le droit positif n'exigeait pas forcément d'eux et dont la finalité est principalement sociale. Laisser ainsi aux parties prenantes le soin de se soumettre ou non aux mécanismes de solidarité induites par le droit souple permet de se délaisser du monopole de la loi pour former un système normatif concurrent, censément plus adapté et pragmatique[912], plus acceptable, participatif et supposé économiquement efficace[913]. Les normes RSE pouvant faire l'objet d'une contractualisation sont nombreuses : avis, lignes directrices, communiqués ou lignes

---

[906] PARANCE B., « Réactivité et adaptation au cœur des exigences de la compliance », préc.
[907] LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°113, p.172 : au-delà de la contractualisation de la norme RSE, l'auteur propose aussi d'avoir recours à la théorie de l'engagement unilatéral de volonté et à celle du quasi-contrat.
[908] V. *Infra*, n°198 et s.
[909] MEKKI M., « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in* SUPIOT A. (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, *op. cit*., p.93-120, spéc., n°18
[910] BENYEKHLEF K. *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, p.817 ; LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit,* th. préc., n°125, p.183.
[911] MEKKI M., « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., (dir.) : *La contractualisation de la production normative*, Actes du colloque, Centre René Demogue, Lille, 2007, p.228
[912] MEKKI M., « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in* SUPIOT A. (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, *op. cit*., p.93-120, spéc., n°18, citant HENNEBL L., LEWKOWICZ G., « La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique », *in* LEWKOWICZ G. et XIFARAS M. (dir), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, p.235.
[913] MALAURIE PH., MORVAN P., *Introduction au droit*, 8e édition, LGDJ, 2020, n°51, p.80.

directrices produites par des institutions privées ou publiques, système de labélisation, recommandations et bonnes pratiques, ou encore codes de conduite.

195. Contractualisation de la norme RSE et déclenchement du devoir de réaction – Pour qu'un devoir de réaction pèse sur le contractant en vertu d'une norme RSE, aussi faut-il que cette dernière soit devenue contraignante. Il n'apparait donc qu'une fois contractualisé. Pour un auteur, deux modes de contractualisation sont envisageables. La première consiste en un engagement flou et minimal. Elle se résume, pour l'une des parties, à insérer une clause pour s'engager au respect de certains principes d'ordre général en opérant un renvoi à un code de conduite ou à une autre source de normes RSE[914]. La seconde est plus franche : les parties contractualisent tout simplement la norme RSE[915]. La force obligatoire du contrat va alors rejaillir sur la norme qui assujettira les deux parties à ses exigences. Une charte éthique ou un code de conduite contractualisé permettront, par exemple, de s'en servir de prétexte pour résoudre unilatéralement un contrat ou pourront être insérés dans une clause résolutoire[916]. Lorsque la norme RSE est contractualisée, les parties se fixent un objectif éthique qu'il n'est possible d'atteindre qu'en créant une relation fondée sur la solidarité et la surveillance. Cet objectif imposera aux parties de prendre un certain nombre de mesures préventives pour éviter que le risque ne survienne. Surtout, la contractualisation d'une norme RSE impose au contractant qui s'y soumet un comportement réactif. Le contractant a le devoir de réagir immédiatement à la survenance du risque. Il devra ainsi mettre en œuvre tous les droits dont il dispose pour parvenir à la réalisation de l'objectif. L'on imagine sans peine qu'une société puisse être condamnée pour ne pas avoir rompu un contrat conclu avec un sous-traitant qui ne respectait manifestement pas les droits de l'Homme ou pour ne pas avoir usé d'une faculté de modification unilatérale d'un contrat pour faciliter l'exécution du contrat à son partenaire. La grande diversité des normes RSE et l'imagination dont peuvent faire preuve les contractants empêchent de théoriser abstraitement le devoir de réaction qu'elles engendrent. Aussi mieux vaut-il l'illustrer par un exemple.

---

[914] LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit,* th. préc., 2018, n°131, p.192.
[915] *Ibid*.
[916] MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Thèse, Dalloz, 2017, n°463, p.365.

196. L'exemple des sociétés à mission : définition – Les normes RSE peuvent parfois être inscrites directement dans un code de lois sous la forme d'une possibilité offerte à des acteurs économiques. De nombreux pays ont offert à ces derniers la possibilité de constituer des sociétés souhaitant dépasser la seule poursuite d'un intérêt privé. Pionniers en la matière, le Royaume-Uni, a très tôt instauré les « *Community Interest Company* » (CIC) par le *Companies Audit Investigations and Community Entreprise Act (Companies Act)* de 2004[917], auquel se sont ajoutés les *CIC regulations* de 2005, puis les amendements du *CIC regulations* de 2009. Un organisme de contrôle gouvernemental baptisé « *Regulator of community interest company* » produit des rapports chaque année afin d'édicter des règles matérielles directement applicables à ce type de société. Ce dernier définit la CIC comme une société à responsabilité limité, créée pour les entrepreneurs ne voulant pas seulement faire du profit mais aussi agir pour le bien de la communauté[918]. Le régulateur oblige ces sociétés à publier un rapport annuel décrivant leurs agissements au profit de la communauté à raison de leurs objectifs initiaux, c'est-à-dire de la déclaration d'intérêt communautaire qu'ils doivent absolument produire pour être autorisés à constituer une telle société et au regard de laquelle leur responsabilité pourra être engagée. En 2007, les États-Unis se sont également dotés d'une société similaire avec les *Benefit Corporations* (« *B-Corps* »). Celles-ci allant un peu plus loin que leurs homologues britanniques en dépassant le seul cadre communautaire pour reposer sur les trois piliers que sont « *people, planet and profit*[919]». L'idée d'échanger sa responsabilité contre un argument de marketing a connu un vif succès, notamment outre-Atlantique[920]. C'est de ces dernières que s'est inspirée la loi n°2019-586 du 22 mai 2019[921], par laquelle le législateur a offert la possibilité à certaines sociétés de se doter

---

[917] UK PUBLIC GENERAL ACTS, *Companies Audit Investigations and Community Enterprise Act (Companies Act), Chapter 27.*

[918] OFFICE OF THE REGULATOR OF COMMUNITY INTEREST COMPANIES*, Information, and guidance notes*, Chapt. 1, 2016, p.3

[919] CHO M., « Benefit Corporations in the United States and Community Interest Companies in the United Kingdom: Does Social Enterprise Actually Work?", Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 37, issue n°1, winter, p.151; KERLIN J. A., GAGNAIRE K., "United States", *in* KERLIN J.A. (dir.), *Social Enterprise, A Global Comparison*, Tufts University Press, New England, 2009, p.87.

[920] CHO M., « Benefit Corporations in the United States and Community Interest Companies in the United Kingdom: Does Social Enterprise Actually Work?", *Ibid*., pp.151-170 ; l'auteur souligne que les CIC britanniques ont un mécanisme de responsabilité beaucoup plus efficace que leurs homologues américaines ; en revanche, parce que les *b-corps* américaines peuvent dépasser le seul cadre communautaire réservé aux CIC, les sociétés américaines ont davantage de chance de se développer et de faire du profit tandis que les sociétés britanniques voient leur croissance freinée par la prise en charge d'un intérêt strictement communautaire (spéc., pp.163-166).

[921] Si les nouveaux concepts issus de cette loi ont été fort critiqués, comme la nouvelle conception de l'intérêt social de l'article 1833 ou la raison d'être de l'article 1835 du Code civil (v. URBAN Q., « La réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil par la loi PACTE, beaucoup de bruit pour rien ? » *in*

d'un label intitulé « entreprise à mission ». Ce dernier, consacré par la loi, permet, entre autres, aux sociétés commerciales qui le souhaitent de poursuivre un objectif social ou environnemental en l'inscrivant dans leurs statuts, et plus particulièrement dans l'objet social. Une telle démarche permet de dépasser les finalités spéculatives et lucratives que l'on attribue classiquement aux sociétés commerciales[922]. L'article L.210-10 du code de commerce autorise ainsi certaines sociétés à faire publiquement état de la qualité de « société à mission » dès lors qu'elles remplissent plusieurs conditions. La première est de faire inscrire, dans leurs statuts, une raison d'être au sens de l'article 1835 du Code civil[923]. Ces mêmes statuts doivent comporter un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité. Enfin, des modalités de contrôle de l'exécution de l'objectif sont mis en place : un comité de mission ainsi qu'un comité tiers peuvent vérifier et contrôler la bonne exécution de ces objectifs. Si l'une des conditions n'est pas respectée, toute personne intéressée peut demander la suppression sous astreinte de la mention « société à mission » de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société. Si de telles sociétés peuvent sembler décevantes par la faiblesse des sanctions du manquement à leur mission, c'est aux juges que peut revenir le rôle de donner une portée beaucoup plus large aux objectifs des sociétés à mission et une coercition beaucoup plus dure en cas de manquement[924]. Le modèle français de la société à mission offre ainsi un compromis entre le modèle américain, guère contraignant, et le modèle britannique, excessivement restreint.

197. L'exemple des sociétés à mission : la place du devoir de réaction - Comme le remarquaient des auteurs, « on ne fait pas entrer impunément un concept dans les statuts sans lui faire produire un certain nombre d'effets[925]». En droit des sociétés, les outils permettant la sanction de la violation des statuts sont nombreux. Tout d'abord, les dirigeants sont soumis à un régime de responsabilité envers la société et les tiers dont la faute peut consister en la violation des statuts[926]. Les associés pourront

---

Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck, Dalloz, 2021, P.773 et s.) le label d'entreprise a mission a, au contraire, reçu bon accueil.

[922] DONDERO B., « Vers la *society-association* », BJS 2012, p.1.

[923] La loi pacte du 22 mai 2019 est venu ajouter à l'article 1835 du Code civil : « Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

[924] COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, *op. cit*., n°89, p.29.

[925] *Ibid.,* n°205, p.74.

[926] V. par ex. en matière de SARL : art. L.223-22 C. Com.

donc reprocher à un dirigeant, sur ce fondement, de ne pas avoir réagi face à la violation des objectifs. Sa responsabilité civile ou pénale pourra être engagée en plus d'une procédure de révocation. Mieux encore, la jurisprudence admet depuis longtemps qu'un tiers peut se prévaloir de la violation d'une clause statutaire à l'égard de la société[927]. Rajoutons qu'un tiers peut toujours se prévaloir d'un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage[928]. Enfin, hypothétiquement, le comité tiers instauré par l'article L.210-1 du code de commerce pourrait un jour, en s'inspirant du modèle britannique, voir ses pouvoirs élargis pour engager la responsabilité de l'entreprise à mission. Ces trois possibilités de reprocher à une société de ne pas avoir respecté ses engagements sociaux et environnementaux pourraient constituer des armes redoutables entre les mains non seulement des associés, mais aussi du cocontractant ou de n'importe quel tiers dès lors qu'il démontre avoir subi un préjudice. L'inscription d'objectifs sociaux et environnementaux dans les statuts emporte ainsi, à l'égard de la personne morale et de son dirigeant, d'adopter un comportement actif tendu vers la réalisation de cet objectif. Il lui impose également d'user de ses droits et prérogatives dès lors qu'un risque menace la bonne réalisation des objectifs. Prenons l'exemple d'une société à mission qui choisirait d'inscrire dans son objet social un objectif de protection environnementale en se fixant le devoir de fonctionner sur le modèle de l'économie circulaire qui suppose de ne se fournir que chez des partenaires utilisant des matériaux recyclables. Il deviendrait tout à fait possible aux associés ou à un tiers de reprocher au dirigeant de ne pas avoir rompu immédiatement un contrat passé avec une société dont les marchandises sont non-conformes aux objectifs ou de ne pas accepter de renégocier un contrat conclu avec une société de transport en circuit-court qui se trouve en difficultés. L'analyse de la réaction du contractant face à la survenance du dysfonctionnement sera déterminant pour l'appréciation de sa responsabilité. La diversité des normes RSE et des codes de conduite empêche de passer en revue l'intégralité des hypothèses dans lesquelles un devoir de réaction peut être imposé. À n'en pas douter, le choix de contractualiser un objectif d'un intérêt général emporte avec lui la nécessité d'user des droits et prérogatives pour poursuivre l'objectif qu'ils se sont assignés sous peine d'engager leur responsabilité. Toutefois, lorsque la protection d'un intérêt général

[927] Cass. com., 2 juin 1992, n°90-18.313, BJS sept. 1992, n°307, p.946, note Le Cannu P. ; Cass. civ. 3e, 14 juin 2018, n°16-28.672, BJS sept. 2018, n°09, p.483, note A. Couret.
[928] Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13255 ; confirmé par l'article 1234 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile.

est imposée par la loi, le devoir de réaction apparait plus clairement comme l'une des conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

II. La source contraignante de l'obligation ayant pour finalité la protection d'un l'intérêt général

198. Le renouvellement des fonctions du contrat et l'essor de l'interventionnisme juridique – Le contrat tel que conçu par les rédacteurs du Code civil de 1804, individualiste et libéral, pouvait principalement se définir comme l'instrument d'un échange économique instantané[929]. Les mutations sociales, industrielles et technologiques ont conduit à déconstruire le mythe de la volonté libre pour repenser le contrat en insistant sur sa fonction sociale pouvant servir de soubassement théorique pour légitimer un interventionnisme juridique plus marqué[930]. Dans un premier temps, juges et législateur ont imposé des obligations extérieures à la volonté des parties. L'objectif principal était de rééquilibrer le contrat. La protection restait toutefois *inter partes,* destinée à pencher dans la balance d'un rapport de force inégalitaire. L'intégration du contrat dans la sphère sociale a, par la suite, conduit à dépasser le seul équilibre contractuel pour prendre conscience des effets sociétaux de l'activité contractuelle de certains acteurs, notamment des entreprises, pour légitimer une deuxième vague d'interventionnisme juridique destinée, cette fois-ci, à protéger les différentes parties prenantes de la sphère contractuelle, à protéger des intérêts catégoriels. Le contrat n'est plus seulement une opération économique : il peut être organisation[931], coopération[932], alliance[933], relationnel[934]. Le Professeur Mekki considère en ce sens que « le contrat peut devenir la matrice par laquelle se concrétise la notion de sphère d'influence des entreprises[935]». Le contrat serait vecteur de la création d'une relation, d'une sphère d'influence dans laquelle la dynamique de solidarité rejaillirait sur toutes les parties

---

[929] ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit*., v° Contrat, n°6, p.422 ; MEKKI M., « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., (dir.) : *La contractualisation de la production normative*, Actes du colloque, Centre René Demogue, Lille, 2007, p.228
[930] *Ibid.*, n°11, p.430.
[931] DIDIER Ph., « Brèves notes sur le contrat-organisation », art. préc.
[932] LEQUETTE S., *Le contrat-coopération*, th. préc.
[933] HAMELIN J.-F., *Le contrat-alliance*, th. préc.
[934] MEKKI M., « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in* SUPIOT A. (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, *op. cit*., p.93-120, spéc., n°16.
[935] MEKKI M., « Contrat et devoir de vigilance », *in Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'Homme*, RLDA, numéro spécial, 2015, p.8.

prenantes puisque « des fonctions sont attribuées à certains acteurs afin d'organiser, de gérer, de règlementer cet ensemble et de sanctionner tout comportement déviant[936]». Alternant entre la flexibilité des normes RSE laissées au pragmatisme des parties et l'efficacité des normes contraignantes, juge et législateur imposent aux contractants la prise en charge d'un intérêt dépassant le simple contrat par des obligations extérieures à la volonté des parties : sécurité mentale et physique au travail, protection de l'environnement et des droits fondamentaux, lutte contre la cybercriminalité, contre le blanchiment ou le financement du terrorisme. Qu'elles soient de source volontaire ou contraignantes, les obligations pesant sur le contractant constituent de redoutables outils institutionnels de régulation[937] et les concernés doivent se montrer réactifs pour s'y conformer[938]. Parmi les obligations contraignantes, se sont développés l'obligation de sécurité de l'employeur, le devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre, le devoir de vigilance des maîtres d'ouvrage liés à un employeur ayant recours à des travailleurs détachés, l'obligation pour certaines sociétés de déclarer les bénéficiaires effectifs ou encore le devoir de vigilance des fournisseurs d'hébergement internet[939]. Chacune poursuit, le plus souvent[940], une finalité d'intérêt général[941].

---

[936] MEKKI M., « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., (dir.) : *La contractualisation de la production normative*, *op. cit*., spéc. n°16.

[937] JAMIN C., « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés, in *Les engagements dans les systèmes de régulation,* Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p.183 ; GROUPE D'ÉTUDE SUR LA JUSTICE SOCIALE EN DROIT PRIVÉ EUROPÉEN, « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005. 173.

[938] PARANCE B., « Réactivité et adaptation au cœur des exigences de la compliance », préc.

[939] V. *Supra*, n°70 et s., pour les manifestations et les définitions ; v. *Infra*, n°203, pour leur régime en contemplation du devoir de réaction.

[940] Le forçage du contrat ne veut pas nécessairement signifier que l'obligation imposée protège un intérêt général. Si toutes les obligations contraignantes ayant pour finalité la protection de l'intérêt général reposent sur le forçage du contrat, tous les forçages n'imposent pas nécessairement une obligation de cette nature : BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.,* n°205, p.161 ; ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, *op. cit*., v° Contrat, n°12, p.434.

[941] MEKKI M., « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in* SUPIOT A. (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, *op. cit*., p.93-120, spéc., n°69 : En matière environnementale par exemple, les informations « sont là pour sensibiliser et responsabiliser les émetteurs » à l'image du vendeur d'une installation qui doit informer l'acquéreur si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactive. Le manquement à cette obligation d'information oblige le vendeur à prendre en charge la réhabilitation des sols. De la même manière, la frontière entre l'intérêt privé et l'intérêt général est extrêmement poreuse dans le cadre de l'obligation de sécurité de l'employeur. Si elle protège, le plus souvent, la personne du salarié contre la dangerosité au travail et le bon fonctionnement de l'entreprise, certains de ses aspects relève d'un intérêt strictement général. Le Professeur Antoine Mazeaud remarquait en ce sens que la lutte contre le harcèlement relevait d'une toute autre logique : il s'agit d'assurer le respect de la dignité du salarié, voire de la dignité humaine : MAZEAUD A., « Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation », Dr. soc., 2002. 321 ; Un employeur intervient ainsi comme responsable du bon fonctionnement de l'entreprise mais aussi comme « garant du respect des droits essentiels de la personne humaine dans l'entreprise : ADAM P., « Harcèlement moral – Mécanismes de règlement des situations de harcèlement », *Rép. dr. trav*., art. préc., n°349.

199. Le passage d'une norme RSE du droit souple au droit dur – Rajoutons que, depuis une décennie, le caractère volontaire des normes RSE est parfois battu en brèche par les autorités qui ne résistent pas à l'attrait du modèle contraignant[942]. En effet, le législateur met à la charge des entreprises de véritables obligations à connotation sociale et solidaire qui, autrefois, relevaient du droit souple. Face au constat de l'ineffectivité des normes souples à influencer le comportement des acteurs économiques, une norme RSE peut passer du souple au dur. En témoigne la loi PACTE du 22 mai 2019 par l'addition, à l'article 1833 du Code civil, d'un alinéa qui dispose désormais que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Dans la même veine, l'exemple de la procédure du *Say on pay* est encore plus prégnant. Mesure de droit souple destinée à renforcer la transparence en matière de rémunération des dirigeants dans les sociétés cotées en procédant à un double vote sur le principe et le montant de la rémunération, elle fut introduite en 2013 dans le code AFEP-MEDEF. Le conseil d'administration d'une grande société décida néanmoins de passer outre le vote négatif de l'assemblée générale et de faire passer en force la rémunération litigieuse[943]. Le législateur s'est empressé de réagir à travers la loi PACTE du 22 mai 2019 en rendant obligatoire la procédure du *Say on pay* dont on peut désormais trouver trace aux articles L.225-37-2 et L.225-100 du Code de commerce. S'insèrent ainsi, depuis plusieurs décennies, des obligations extérieures à la volonté des parties et à l'efficacité de l'opération juridique projetée mais destinées à protéger un intérêt supérieur à celle-ci. Pour y parvenir, elles imposent au débiteur un véritable devoir de réaction qui vient au secours des mesures préventives qui n'ont pas suffi à éviter le risque.

Paragraphe second : L'identification des obligations légales dont la condition d'exécution est le devoir de réaction

200. Annonce – Les obligations non voulues par les parties ne protègent pas nécessairement un intérêt général comme elles n'imposent pas nécessairement un devoir de réaction. Cela étant, nous savons que le devoir de réaction se définit comme l'exigence faite au contractant de réagir en exerçant un droit subjectif en temps utile et

---

[942] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, *op. cit*., n°396, p.350.
[943] LE NABASQUE H., « Le *Say on Pay* contraignant », BJS, sept. 2016, n°09, p.461.

conformément à certaines prescriptions[944]. Force est de constater que de nombreuses obligations impliquent une action positive (une diligence) qui se distingue de la réaction au sens juridique du terme. Les mesures de compliance, l'obligation d'information en matière environnementale ou l'obligation de déclaration du bénéficiaire effectif poursuivent, par exemple, une finalité d'intérêt général sans pour autant imposer de devoir de réaction au sens de l'étude. En revanche, les sources contraignantes, notamment légales, laissent apparaitre une similarité de fonctionnement dans laquelle le devoir de réaction occupe une place éminente puisqu'il oblige le débiteur à se prévaloir, en temps utile, d'une prérogative**.** En prenant l'exemple de quatre obligations légales, nous tenteront de démontrer que ces dernières fonctionnent sur une structure identique au sein de laquelle un devoir de réaction est érigé en véritable condition d'exécution de l'obligation légale. Cela suppose, dans un premier temps, de circonscrire les conditions dans lesquelles une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général fait naître un devoir de réaction (**I**). Dans un second temps, parce qu'elles poursuivent une finalité supérieure, il est nécessaire de s'interroger sur l'efficacité de ces lois quant à la réaction qu'elles imposent et l'effectivité de cette dernière sur la protection d'un intérêt donné. Les conclusions des thèses issues de l'analyse comportementale du droit offrent des éléments pertinents qu'il conviendra d'appliquer au devoir de réaction (**II**).

I. Les conditions d'existence du devoir de réaction

201. Les obligations légales retenues pour l'étude du devoir de réaction – Pour démontrer que certaines obligations légales sont porteuses d'un devoir de réaction comme condition de leur bonne exécution, il est nécessaire de faire un tri parmi toutes les obligations qui ont pour finalité la protection d'un intérêt général. Nous utiliserons, à cette fin, la méthode déductive. Parmi toutes les obligations légales forçant le contrat pour imposer la protection d'un intérêt supérieur, certaines ont la particularité de reposer sur un modèle similaire. D'abord, l'obligation supervise la mise en place de mesures préventives en contemplation de la commission d'une illicéité déterminée dans laquelle se cristallise la protection de l'intérêt général (harcèlement moral ou sexuel, pollution, violation des droits humains, contrefaçon, contrariété à l'ordre public). Le

[944] V. *Supra*, n°110.

contractant se transforme alors en agent de surveillance[945]. Il a l'obligation de prévenir, par tous moyens, la survenance du risque. Ce modèle similaire ne s'arrête pas à leur destination et à leurs modes de prévention. Parce qu'elles sont des obligations de moyens, elles imposent également au contractant de réagir immédiatement à la survenance du risque que les mesures préventives n'ont pas pu empêcher. Enfin, cette réaction peut être assurée par l'usage d'un droit substantiel dont le débiteur est le titulaire. Après avoir constaté et décrit, au début de cet étude, les manifestations de telles obligations[946] et avant d'en reprendre les principales caractéristiques dans les lignes qui suivent, nous avons choisi de retenir quatre exemples pour étudier le fonctionnement du devoir de réaction en leur sein : l'obligation de sécurité physique et mentale de l'employeur à l'égard de ses salariés, le devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre, le devoir de vigilance des maîtres d'ouvrage contractant avec un employeur ayant recours aux travailleurs détachés et le devoir de vigilance des fournisseurs d'hébergement sur l'Internet. Nous soutenons donc l'équation suivante : une obligation légale de moyens imposant la mise en œuvre de mesures préventives donne naissance à un devoir de réaction dès lors que les moyens de réagir consistent en l'usage d'un droit substantiel.

202. Annonce – Nous essaierons, par ces lignes, de démontrer que ces obligations reposent systématiquement sur la même structure et tenteront de mettre en lumière la place qu'occupe le devoir de réaction, qui se révèle être une condition d'exécution de l'obligation. Pour qu'une obligation légale d'intérêt général soit la source d'un devoir de réaction, il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'une obligation de moyens (**A**). Ensuite, l'obligation légale doit reposer sur un diptyque imposant, *a priori*, des mesures de prévention (**B**) qui déclencheront un devoir de réaction *a posteriori*, c'est-à-dire à la survenance du risque. Le devoir de réaction vise à rectifier ce que la prévention n'a pas été en mesure d'empêcher par l'usage d'un droit dont le débiteur est titulaire (**C**).

A. Le devoir de réaction ne peut exister qu'en présence d'une obligation de moyens

[945] L'on retrouve ici l'idée soutenue par Monsieur Coulon qu'il existe, dans certains, cas une obligation de surveillance qu'il est possible de faire peser sur « toute personne dont l'activité permet ou favorise la création d'un risque de dommage causé par autrui » et qui lui impose de « s'efforcer de surveiller ce dernier à des fins préventives. » : à la différence de l'obligation de surveillance, le devoir de réaction impose à son débiteur de réagir immédiatement à la survenance du risque : COULON C., *L'obligation de surveillance*, préf. Ch. Jamin, Economica, 2003, p.369.
[946] V. *Supra*, n°70 et s.

203. La distinction entre les obligations de moyens et de résultat – Pour qu'une obligation légale poursuivant un intérêt général puisse être composée d'un devoir de réaction, encore faut-il qu'elle laisse au contractant la possibilité de réagir à la survenance du risque. Tel est le cas lorsqu'une obligation légale revêt les caractères de l'obligation de moyens. La distinction entre les obligations de résultat et les obligations de moyens repose sur une construction doctrinale bâtie tout au long du XXe siècle. L'obligation de moyens peut se définir comme l'obligation pour le contractant de mettre en œuvre tous les moyens tendant à exécuter l'obligation principale[947]. Elle lui impose d'employer « les moyens appropriés dans une tâche à accomplir, à se montrer prudent et diligent, à faire de son mieux, ce qui permettra au créancier d'obtenir le résultat qu'il souhaite[948]». Tunc parlait, à cet égard, d'obligation de diligence[949]. Elle se distingue de l'obligation de résultat, par laquelle le débiteur s'engage à promettre au créancier de lui procurer un résultat déterminé. Le Professeur Le Tourneau ajoute que, certes, « pour l'atteindre le débiteur devra mettre en œuvre des moyens, mais ceux-ci ne sont pas pris en considération[950]». Dans le cas de l'obligation de résultat, le simple fait de ne pas avoir atteint le résultat suffit à prouver l'inexécution de l'obligation et à engager la responsabilité du débiteur. En revanche, dans le cas de l'obligation de moyens, il appartient à la victime de prouver que le débiteur a commis une faute dans l'exécution de ses obligations[951]. C'est dans cette dernière hypothèse que va se manifester le devoir de réaction. La faute pourra, en effet, consister en une inertie fautive du débiteur à réagir pour accomplir cette obligation.

204. L'application de la distinction entre les obligations de moyens et de résultats aux obligations légales d'intérêt général – Les obligations légales protégeant un intérêt général, comme l'obligation de sécurité de l'employeur ou de vigilance, reposent également sur la distinction entre les obligations de moyens et de résultat. Les secondes ont l'avantage d'assurer une indemnisation à la victime[952]. En

---

[947] MALINVAUD PH., FENOUILLET D., MEKKI M., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°671, p.612 ; BELLISSENT J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2001.
[948] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°6, p.7.
[949] TUNC A., « Distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », art. préc.
[950] LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, *op. cit*, n°3123.51.
[951] V. *Infra*, n°222 : sur la charge de la preuve en matière d'obligations de moyens.
[952] En matière de transport ferroviaire, l'obligation de sécurité est une obligation de résultat : Civ. 1re, 11 décembre 2019, n°18.13.840, D.2020.188, note C. François

revanche, elles ont le défaut d'avoir un effet décourageant à l'égard du débiteur, qui n'est pas incité à prendre des mesures particulières une fois le risque survenu : il a la certitude d'être condamné[953]. Les obligations de moyens promeuvent davantage la responsabilisation du comportement au détriment des chances d'indemnisation de la victime. Elles ont l'avantage de permettre à celui qui y est tenu d'échapper à sa responsabilité dès lors qu'il réussit à prouver qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage. Elle incite donc le débiteur de l'obligation à se montrer particulièrement réactif à la survenance du risque puisqu'il sait qu'une réaction immédiate et efficace l'empêchera d'être condamné. C'est la raison pour laquelle nous pensons que l'effet prophylactique rendent les obligations de moyens beaucoup plus efficaces lorsqu'il s'agit de poursuivre un objectif d'intérêt général comme la sécurité mentale au travail, les causes environnementales ou la lutte contre la cybercriminalité. Finalement, le choix de l'obligation de moyens semble tout à fait naturel dans le monde de la régulation des entreprises qui raisonne de plus en plus sur la logique de l'objectif, chiffré[954] ou non[955]. Nous verrons ainsi que l'obligation de sécurité ou de vigilance, transposée sur le patron d'une obligation de moyens fonctionne davantage comme un objectif à atteindre que comme une obligation au sens juridique du terme[956], notamment lorsque les moyens d'atteindre cet objectif sont autant de comportements minutieusement décrits par la loi.

205. Les obligations légales protégeant un intérêt général qui reposent sur une obligation de moyens induisent un devoir de réaction – Les obligations légales d'intérêt général dont le devoir de réaction est une condition d'exécution reposent toutes sur une obligation de moyens. L'obligation de sécurité de l'employeur, dont on peut trouver trace aux articles L.4121-1 et suivants du code du travail, impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs[957]. Si, dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré qu'il s'agissait d'une obligation de résultat, elle considère

---

[953] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, *op. cit*., n°771, p.589 ; FANTONI-QUINTON S., VERKINDT P.-Y., « Obligation de résultat en matière de santé au travail – À l'impossible, l'employeur est tenu ? », Droit soc. 2013, p.229.
[954] SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres*, *op. cit*., p.240.
[955] FABRE-MAGNAN M., BRUNET F., *Introduction générale au droit*, *op. cit*., n°55, p.69.
[956] V. *Infra*, n°205 et s.
[957] V. *Supra*, n°72 et s.

désormais que l'obligation de sécurité de l'employeur n'est que de moyens[958]. L'employeur a désormais la possibilité de démontrer non seulement qu'il a mis en place toutes les mesures préventives nécessaires mais qu'il a réagi à la survenance du risque et ainsi, de ne pas engager sa responsabilité[959]. De la même manière, le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre est également décrit par le législateur comme une obligation de moyens[960]. Ce qui laisse supposer que les sociétés concernées se verront imposer le devoir de réagir face à la connaissance d'une violation effective du plan de vigilance. Il en va de même pour le devoir de vigilance des fournisseurs d'hébergement tenus à une vigilance qui, elle aussi, repose sur une obligation de moyens[961]. La logique est la même pour le devoir de vigilance du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale[962]. On le voit, chaque obligation d'origine légale imposant au contractant de protéger un intérêt qui dépasse le contrat est, le plus souvent, adossée à la structure de l'obligation de moyens. Le développement de ce type d'obligations et la possibilité qu'elles laissent au contractant de réagir à la survenance du risque l'incitent ainsi à la réactivité la plus immédiate. Le devoir de réaction peut ainsi devenir une condition de la bonne exécution de l'obligation légale. Celle-ci reste, toutefois, couplée à des mesures préventives.

B. Le devoir de réaction se couple toujours à des mesures préventives

206. Les obligations de moyens dont la finalité est la protection de l'intérêt général se scindent en un volet préventif et un volet réactif – Il est des devoirs qui indiquent assez clairement le comportement à adopter. Qu'il s'agisse d'un « devoir

---

[958] Cass. soc., 17 février 2016, n°15-400.42 P. : depuis cet arrêt, la chambre sociale a abandonné la mention d'une « obligation de sécurité de résultat » pour lui préférer simplement celle d' « obligation de sécurité ». ; plus généralement, l'obligation de résultat est abandonnée depuis l'arrêt Air France (Cass. soc., 25 novembre 2005, n°14-24.444).

[959] FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y., *Droit du travail, op. cit*., n°783, p.632.

[960] Observations du Gouvernement sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR n°0074 du 28 mai 2017, texte n°5 : « L'obligation mise à la charge des sociétés concernées n'est donc pas une simple obligation documentaire mais une obligation de moyens pour mettre en œuvre les mesures de vigilance prévues par la loi et dont elles ont défini le contenu au vu des risques que peut engendrer leur activité. La société devra être en mesure de démontrer que les mesures mentionnées dans le plan de vigilance ont été mises en œuvre. La mise en œuvre effective du plan de vigilance ne saurait être regardée comme instaurant une obligation de résultats pour les sociétés soumises à ces obligations ». Voir également en ce sens : LHUILIER G., *Le droit transnational*, Méthodes du droit, Dalloz, 2016, p.238. De manière générale, la plupart des devoirs de vigilance calqués sur le modèle de la *due diligence* reposent sur des obligations de moyens : BESSON S., *La due diligence en droit international*, *op. cit., passim*.

[961] DELEBECQUE PH., JOURDAIN P., MAZEAUD D., « Responsabilité civile : panorama 2004 », art. préc.

[962] GAREAU P., « Responsabilisation des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre », art. préc.

de donner » (informer, mettre en garde, révéler) ou d'un « devoir être » (cohérence, coopération), l'intitulé est suffisamment évocateur. Il est toutefois d'autres obligations générales dont la dénomination, parfois abstraite, ne se suffit point à elle-même. Les « devoirs être, faire ou donner » sont ainsi enveloppés dans une obligation ou un devoir général qui ne suffisent pas à expliquer, à eux seuls, le comportement attendu : ils nécessitent d'être décomposés. Tel est le cas de l'obligation de sécurité de l'employeur ou du devoir vigilance. Nous verrons que ces derniers marchent sur un diptyque prévention-réaction impliquant des devoirs plus particuliers qui permettent de satisfaire et d'accomplir l'obligation plus générale. La structure de l'obligation de moyens, en préférence à celle de résultat, conduit les obligations protectrices d'un intérêt général à se scinder entre un volet préventif (que l'on retrouve également dans les obligations de résultat) et un volet réactif (qui n'est permis que par la plage temporaire qu'une obligation de moyens offre au contractant pour réagir). Ce volet réactif s'analyse en contemplation du préventif que chaque obligation légale impose aux contractants.

207. Les mesures de prévention – Toutes les obligations légales retenues pour démontrer leur unité de fonctionnement se composent d'un volet préventif. L'employeur, soumis à une obligation de sécurité, doit ainsi prendre de nombreuses mesures préventives. Les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail décrivent à grands traits les mesures préventives que doit prendre l'employeur. Pour assurer la sécurité physique du travailleur, l'employeur doit par exemple évaluer les risques et remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas. Les mesures préventives peuvent varier selon le secteur de l'emploi mais aussi selon la nature du risque. Pour prévenir les risques liés à la sécurité mentale du travailleur et lutter contre le harcèlement moral et sexuel, les articles L.1153-4 et L.1153-3 du code du travail imposent à l'employeur de prendre « toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel » avant d'apposer le volet réactif selon lequel l'employeur doit « y mettre un terme et les sanctionner ». En matière de harcèlement sexuel par exemple, les entreprises employant un certain nombre de salariés doivent impérativement désigner un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés confrontés au harcèlement sexuel[963]. La crise sanitaire des années 2020-2021 a donné lieu à la prescription de toute

[963] Art. L.1153-5-1 C. Trav .

une série de mesures préventives destinées à protéger les salariés du coronavirus[964]. Toujours en droit du travail, le devoir de vigilance des donneurs d'ordre qui choisissent de faire appel à des employeurs ayant recours à des détachement de salariés en France doit adopter un certain nombre de mesures préventives. L'article L.1262-2-1 du code du travail impose ainsi au donneur d'ordre de s'assurer que son prestataire a procédé à la déclaration exigée auprès de l'inspection du travail et à la désignation de son représentant devant assurer la liaison avec le contrôleur du travail. Enfin, le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre dont on peut trouver trace à l'article L.225-102-4 du code de commerce consiste essentiellement en des mesures de prévention. La société concernée doit ainsi élaborer un plan de vigilance par lequel elle doit identifier et cartographier les principaux risques et « prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement[965]». L'identification doit se coupler à des mesures préventives de contrôle comme l'organisation d'audits sociaux et environnementaux, ou des procédures d'alertes[966]. Si les mesures préventives sont souvent plus visibles que les mesures réactives, tel n'est pas toujours le cas. En raison de la particularité du cyberspace[967], le devoir de vigilance des fournisseurs d'hébergement impose très peu de mesures préventives si ce n'est, comme le prévoit l'article 6 II de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, la conservation des données de nature à permettre l'identification du créateur d'un contenu illicite. Enfin, l'inexécution de ces mesures de prévention suffit à condamner le débiteur de l'obligation de vigilance ou de sécurité[968]. Ce n'est que

---

[964] Le risque sanitaire par exemple : GAUDIN F., « Crise sanitaire – Pouvoir disciplinaire de l'employeur et Covid-19 », Juris associations 2020, n°630, p.40 ; voir en ce sens : TJ Paris, 9 avril 2020, n°20/52223 : le tribunal a considéré que *La Poste* n'avait pas méconnu son obligation de sécurité au regard des mesures préventives adoptées pendant la crise sanitaire ; *contra* TJ Nanterre, 14 avril 2020, n°20/00503 : le tribunal a considéré que la société *Amazon France* avait manqué à son obligation de sécurité pour ne pas avoir accompli les mesures préventives, et notamment « la pleine effectivité des mesures de distanciation sociale » ; GUILLARD J.-C., « Obligation de sécurité et risque sanitaire à l'automne 2020 », *in* RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 311 ; VALNUS C., « L'obligation de sécurité de l'employeur à l'épreuve de la pandémie de covid-19 », Gaz. Pal., 2020, n°30, p.66.

[965] MALECKI C., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », BJS mai 2017, n°05, p.298

[966] PESKINE E., *De la solidarité à la vigilance*, *in Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, dir. A. SUPIOT, *op. cit*., p.37-51.

[967] V. *Supra*, n°79.

[968] Quelques exemples : Concernant le plan de vigilance : TEYSSIÉ B., « Le plan de vigilance. Trois années d'application », D.2021, p.1823 : « Toute personne justifiant d'un intérêt à agir en raison de l'absence, de l'insuffisance ou de l'inapplication du plan de vigilance est en droit de demander paiement de dommages-intérêts sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil » ; Concernant l'obligation de vigilance du maitre d'ouvrage ; L.1262-4-1, C. trav. : le défaut d'une seule des vérifications par le maitre d'ouvrage lui fait encourir une amende administrative d'un montant maximum de 2000 euros par salarié détaché.

lorsqu'elles ont été parfaitement accomplies qu'il est permis au débiteur de l'obligation de pouvoir réagir face à la survenance du risque. Le devoir de réaction constitue ainsi la dernière condition d'exécution de l'obligation légale ayant pour finalité la protection d'un intérêt général.

C. Le devoir de réaction conditionne l'exécution de l'obligation générale

208. Le lien cumulatif entre les mesures préventives et réactives - L'employeur, le dirigeant ou l'hébergeur qui ont prouvé avoir mis en œuvre des mesures préventives correctes mais qui n'ont pas suffi à prévenir le risque qu'elles souhaitaient empêcher deviennent débiteurs d'un devoir de réaction. Parce qu'il s'agit d'une obligation de moyens, ils pourront démontrer qu'ils ont pris toutes les mesures nécessaires pour réagir à la survenance du risque. Les mesures réactives sont intimement liées aux mesures préventives : le déclenchement des premières vient souligner à la fois l'insuffisance et l'accomplissement des secondes. Lorsque les mesures préventives n'ont pas suffi à empêcher la réalisation du risque, le contractant devient débiteur d'un devoir de réaction aussitôt qu'il a connaissance de sa manifestation. Les juges pourront ainsi condamner un contractant pour ne pas avoir réagi face à la survenance du risque quand bien même il aurait pris toutes les mesures préventives[969]. En revanche, le contractant qui prouve avoir réagi en temps utile mais qui n'a pris aucune mesure de prévention doit être condamné. Autrement dit, la prévention et la réaction fonctionnent comme des conditions cumulatives chronologiques. Chronologiques, car les mesures de prévention doivent être prises *a priori* tandis que la réaction doit intervenir immédiatement après la survenance du risque. Cumulatives, car la prévention sans la réaction tout comme la réaction sans la prévention aboutissent à la condamnation du débiteur du devoir de réaction. La prévention prime sur la réaction, puisqu'il existe des risques qu'aucune réaction n'aurait pu empêcher ou minimiser. Mieux vaut avoir prévenu sans réagir, qu'avoir réagi sans prévenir : c'est en substance ce qu'a décidé la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 janvier 2019. La salariée d'une association avait été victime

[969] Par ex. : Cass. soc., 17 octobre 2018, n°17-17.985 : Justifie légalement sa décision une cour d'appel ayant relevé, pour caractériser un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, que bien qu'ayant connaissance des répercussions immédiates causées sur la santé du salarié suite à la première altercation avec l'un de ses collègues, la société n'avait pris aucune mesure concrète pour éviter son renouvellement ; v. également : Cass. soc., 17 décembre 2017, n°16-14.999 : l'employeur avait été condamné pour ne pas avoir mis en œuvre de mesures ni préventives, ni réactives.

d'agissements discriminatoires par des bénévoles. Aucune mesure de prévention n'avait été prise par l'employeur dans la mesure où ces personnes n'étaient pas sous sa subordination hiérarchique. La Cour d'appel, pour débouter la victime, avait jugé que « pour autant l'employeur n'est pas demeuré sans réaction à la suite de cet incident puisqu'il a fait procéder à une enquête interne […] en invitant son personnel à prendre toutes les précautions nécessaires dans leurs relations avec la salariée[970]». Ces mesures de réaction ont été jugées insuffisantes par les hauts magistrats. En effet, ces dernières n'étaient couplées à aucune mesure de prévention légalement prévue. Nous soutenons que le même raisonnement est applicable dans les devoirs de vigilance : par exemple, la société mère qui aurait réagi à la survenance d'un risque en l'ayant fait cesser sans avoir établi préalablement un plan de vigilance doit tout de même engager sa responsabilité.

209. L'exercice du devoir de réaction face à la survenance du risque : l'exigence d'une réponse juridique – Le devoir de réaction se définit comme l'exigence faite aux contractants d'apporter une réponse juridique en temps utile face au dysfonctionnement du contrat, caractérisé en l'occurrence par la survenance du risque qu'il avait le devoir de prévenir. Pour considérer que le débiteur de l'obligation est tenu d'un devoir de réaction, encore faut-il déterminer quelles sont les prérogatives juridiques à sa disposition pour réagir face au risque. Chaque contractant concerné par le devoir de réaction est titulaire de prérogatives de droit commun ou de droit spécial utiles à la rectification du risque. Dans le cadre d'une obligation légale de ce type, le devoir de réaction se loge naturellement dans les mesures réactives que doit prendre le débiteur. Prenons l'exemple de l'employeur placé face à un cas de harcèlement moral au sein de l'entreprise. Ce dernier dispose d'un certain nombre de prérogatives juridique qu'il tient de son contrat de travail et dont l'utilisation peut constituer une réaction juridique satisfaisante. Il peut ainsi lui être demandé d'user de sa prérogative de modification unilatérale du contrat de travail, autorisé dans le domaine du simple changement des conditions de travail[971], en réaffectant l'auteur du harcèlement ou en modifiant ses

---

[970] Cass. soc., 30 janvier 2019, n°17-28.905, Dalloz act., févr. 2019, obs. D. Castel : En constatant que les agissements discriminatoires avaient eu lieu en présence d'un salarié, de sorte que les bénévoles étaient placés sous la surveillance et l'autorité de l'employeur, le commentateur en tire la conclusion suivante : « Or la seule circonstance que l'employeur ait pris toutes les mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement moral et qu'il l'ait fait cesser effectivement n'est pas suffisante : il est également nécessaire qu'il ait adopté toutes les mesures de prévention visées aux articles L.4121-1 et L.4121-2 du Code du travail et qu'il ait préalablement mis en œuvre des actions d'information et de formation propre à prévenir la survenance du harcèlement moral.

[971] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, op. cit., n°664, p.865

horaires de travail. Il peut encore user de son pouvoir disciplinaire pour prendre des sanctions à l'égard du salarié responsable du harcèlement[972]. Après avoir prononcé immédiatement des mesures d'enquête[973] et dans l'attente, prononcer la mise à pied conservatoire du salarié, avant de lui notifier une sanction disciplinaire qui, puisque le harcèlement est très souvent considéré comme une faute grave, pourra prendre la forme d'un licenciement pour faute grave, c'est-à-dire d'une rupture du contrat de travail. Dans le cadre du devoir de vigilance du maitre d'ouvrage ou des donneurs d'ordres ayant engagé des sous-traitants employant des travailleurs détachés, la réaction du débiteur du devoir de réaction, selon la loi, passe principalement par l'exercice de mises en demeure[974]. Concernant le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, il est tout à fait possible d'imaginer qu'il soit possible de reprocher à la personne morale de ne pas avoir usé de ses facultés de sanctions de l'inexécution (l'exception d'inexécution par exemple) lorsque son sous-traitant ne respecte pas le plan de vigilance ou, à tout le moins, de l'avoir mis en demeure de s'exécuter. Quant au fournisseur d'hébergement, il a l'obligation de mettre en demeure la personne à l'origine d'un contenu illicite en le sommant de cesser toute activité illicite après avoir supprimé ledit contenu[975]. Enfin, le devoir de vigilance du banquier lui impose de mettre un terme à la relation à l'origine de l'apparition du risque[976].

210. L'exercice du devoir de réaction face à la survenance du risque : l'exigence d'une réponse en temps utile et le facteur temporel – Le critère temporel du devoir de réaction est l'une de ses composantes fondamentales. Pour considérer qu'il existe un devoir de réaction, le contractant doit être placé dans un rapport temporel dans l'apport de sa réponse juridique. Celui-ci peut être fixé, comme lorsqu'il existe un délai, ou implicite lorsque c'est précisément le temps de réaction qui va être analysé par les juges pour déterminer si celle-ci a été correctement accomplie. Un laps de temps implicite se déclenche à la survenance du risque et court jusqu'au moment où la

---

[972] LEBORGNE-INGELAERE C., « L'employeur face au harcèlement sexuel : incidence de son inertie et encadrement de sa réaction », JCP S, n°30, 29 juillet 2014, p.1321 ; Des auteurs considèrent que l'employeur a l'obligation de sanctionner l'auteur du harcèlement et qu'il ne s'agit pas simplement d'une faculté ; v. en ce sens : FROSSARD S., « La réaction de l'employeur à la faute du salarié, *in Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à J. Pélissier*, Dalloz, 2004, p.236.

[973] Douai, 28 février 2019, RG, n°17/005008 : un employeur placé face à une dénonciation de faits de harcèlement n'a diligenté aucune mesure d'enquête et a été condamné par la cour d'appel pour manquement à son obligation de sécurité.

[974] L.1262-4-3 ; L.3245-2 C. trav

[975] FÉRAL-SCHUHL Ch., *Cyberdroit 2020/2021*, *op. cit.*, n°615.33, p.1320

[976] BONNEAU T., *Droit bancaire*, *op. cit.*, n°365, p.200.

réaction aurait été efficace. Une fois ce délai dépassé, même si réaction il y a eu, le contractant est considéré comme ayant manqué à son devoir de réaction. Dans le cadre du devoir de réaction visant à assurer l'efficacité d'une obligation légale destinée à protéger un intérêt général, le temps de réaction est assurément omniprésent. L'employeur, face à des faits de harcèlement doit réagir « immédiatement [977]» ou, du moins, dans les « plus brefs délais[978]». La jurisprudence sociale avait ainsi pu caractériser la bonne réaction d'un employeur placé face à un cas de harcèlement puisqu'il avait « rapidement[979]» reçu la salariée victime. De la même manière, lorsqu'un cas de coronavirus est détecté dans l'entreprise, la rapidité de réaction de l'employeur sera déterminante dans l'appréciation de son obligation de sécurité. Concernant les devoirs de vigilance, le maître d'ouvrage informé par écrit d'une irrégularité a l'obligation d'enjoindre « aussitôt » à son cocontractant de faire cesser « sans délai » cette situation[980]. À défaut de réponse de l'employeur fautif, le maître d'ouvrage doit « informer immédiatement » l'agent de contrôle[981]. La possibilité de réagir offerte par le choix de l'obligation de moyens est, en chaque domaine, restreint dans des bornes temporelles quasi-immédiates. Ni le législateur ni le juge ne semblent vouloir se montrer tolérant sur le délai de réaction qu'ils semblent considérer comme une « dernière chance » d'accomplir l'obligation plus générale. L'exemple est encore plus frappant en matière de vigilance des fournisseurs d'hébergement où leur réactivité relève de l'instantané. Des juges ont ainsi pu condamner l'un d'entre eux pour ne pas retirer le contenu illicite le jour même de la réception de la notification[982]. Pour conclure, il s'agit, pour le contractant d'identifier les risques et de prendre toutes les mesures qui permettront de les combattre à leur source. C'est ici que la nature de l'obligation de moyens prend son importance, car elle impose au contractant de réagir immédiatement après la survenance du risque. La démonstration d'une réaction rapide et efficace lui permettra de ne pas engager sa responsabilité[983]. Ainsi, les obligations légales dont la finalité est la protection de l'intérêt général se décomposent en deux volets qui permettent l'exécution de l'obligation : être

---

[977] ADAM P., « Harcèlement moral - Mécanisme de règlement des situations de harcèlement moral », *Rép. droit du travail*, Dalloz, 2019, n°330
[978] ADAM P., *loc. cit.*, n°281.
[979] Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-20.892
[980] L.1262-4-3 ; L.3245-2 C. trav.
[981] L.8228-1 C. trav.
[982] TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, *M.K c/ Pierre G., Amen*, RLDI 2008/38, n01177, obs. J.-B. Auroux.
[983] *Infra*, n°221 et s.

vigilant correspond à prévenir et réagir tout comme sécuriser correspond à prévenir et réagir.

II. L'efficacité du devoir de réaction : essai d'analyse comportementale du droit

211. Annonce – D'un point de vue strictement juridique, le devoir de réaction s'analyse comme une norme de comportement vectrice d'efficacité qui implique une réponse de la part de son débiteur placé face à certaines circonstances. Or, la réactivité est davantage qu'une qualité humaine transposée aux relations contractuelles. Elle suppose une réflexivité et une mobilisation psychique que l'on ne retrouve pas forcément dans les autres devoirs contractuels. L'assertion se vérifie lorsque le débiteur du devoir de réaction doit simplement se contenter de préserver ses propres intérêts ou de veiller à la bonne exécution d'un contrat, mais s'amplifie lorsque ce dernier doit veiller à la protection d'intérêts et d'enjeux qui dépassent le cadre contractuel. Dès lors, l'étude de la réactivité conduit immanquablement à s'intéresser à la psychologie humaine[984]. La violation du devoir de réaction repose à la fois sur la lutte contre l'absence de prise de décision mais aussi contre la mauvaise prise de décision. Le contractant doit être en mesure de réagir, de réagir correctement et de savoir face à quoi réagir. Comme le remarquait un auteur, « nos propres réactions sont aussi fonction d'incitations diverses[985]». En ce sens, il devient impératif de comprendre les ressorts cognitifs de la réactivité pour en extraire la plus grande utilité juridique possible. C'est à la psychologie comportementale que l'on doit les principaux travaux à ce sujet. Cette dernière cherche à comprendre dans les moindres détails le comportement humain afin d'en transmettre les conclusions aux sciences économiques et juridiques, qui reposeront alors sur une représentation plus exacte de l'individu. Lorsqu'elles sont absorbées par le droit, les thèses comportementalistes produisent de nouvelles conclusions sur l'efficacité d'une loi ou l'opportunité d'un devoir. C'est ainsi la découverte des grands biais cognitifs qui a permis une lecture plus profonde de la réactivité en tant que comportement. Mieux connaître les ressorts qui animent celui-ci permettra d'imaginer la loi la plus adéquate pour qu'un contractant se saisisse d'un intérêt général. Après avoir expliqué comment le droit a absorbé les thèses comportementalistes (**A**), nous proposerons une application de

---

[984] BARBIER H., « Rapport de synthèse », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *préc*., p.69.
[985] MOLFESSIS N., « Une justice trop bruyante » JCP G, n°43-44, oct. 2021, p.1118.

ces dernières au devoir de réaction, et plus particulièrement sa forme visant à assurer l'efficacité d'une obligation dont la finalité est la protection de l'intérêt général (**B**).

A. Exposé des thèses de l'analyse comportementale du droit

212. Annonce – L'analyse comportementale du droit et l'économie comportementale (**2**) reposent sur la théorie comportementaliste issue des sciences cognitives qu'il conviendra d'exposer (**1**). Les biais cognitifs qu'elles ont mis en lumière permette l'élaboration de lois qui ont une meilleure prise sur les comportements du contractant. Concernant le devoir de réaction, les conclusions du comportementalisme permettront d'identifier quel est le meilleur encadrement législatif pour imposer un tel devoir au contractant.

1. Le comportementalisme

213. Exposé de la théorie comportementaliste à travers les travaux du Professeur Daniel Kahneman – C'est au Professeur Daniel Kahneman, spécialiste de psychologie cognitive et d'économie comportementale, que l'on doit les fondations théoriques de l'analyse comportementale sur le jugement et la prise de décision. Dans son ouvrage fondamental, l'auteur explique que la pensée humaine repose sur deux fonctions de l'esprit : le Système 1 et le Système 2. Le premier peut se définir comme un mode de pensée qui fonctionne automatiquement, involontairement, rapidement, avec peu ou pas d'effort[986]. C'est notamment sur lui que repose la réactivité d'un individu puisque ce dernier se fixe sur les intuitions de ce système pour prendre des décisions. Le système 2, quant à lui, accorde de l'attention aux activités mentales contraignantes. Il se distingue par sa nature concentrée et paresseuse[987]. Il n'intervient que lorsque le Système 1 est confronté à une problématique qu'il ne peut résoudre seul. Le système 2 permet une réactivité plus saine : celle fondée sur la connaissance et la comparaison des informations disponibles. C'est précisément l'interaction entre les deux systèmes de pensée, et plus particulièrement les caractéristiques du Système 1, se distinguant par son insensibilité tant à la qualité qu'à la quantité des informations[988], qui conduit l'individu à commettre

---

[986] KAHNEMAN D., *Système 1/Système 2. Les deux vitesses de la pensée*, trad. R. Clarinard, Paris, Flammarion, 2012, p.33.
[987] *Ibid.*, p.34.
[988] *Ibid.*, p.135.

des erreurs d'appréciation, à se prononcer en faveur de certaines décisions et comportements jugés irrationnels. C'est ce que les comportementalistes ont baptisé les grands biais cognitifs. Prenons quelques exemples. Le COVERA (abréviation de « ce qu'on voit et rien d'autre » et traduction française de *WYSIATI* « *what you see is all there is* ») est un mode de raisonnement des personnes qui, sur une question donnée, privilégient et surestiment les informations immédiatement disponibles et nécessairement réduites[989]. L'effet d'ancrage survient, quant à lui, lorsque des individus considèrent une valeur particulière avant d'estimer une valeur inconnue, c'est-à-dire qu'ils prennent une décision par référence à des éléments présents dans le champ cognitif même lorsqu'ils ne sont pas pertinents[990]. Nous le verrons, la parfaite information du contractant pour lui permettre de réagir sera une composante fondamentale du devoir de réaction poursuivant un intérêt général. D'autres exemples de biais cognitifs peuvent expliquer l'absence de réaction d'un contractant. Par exemple, le biais de *statu quo* ou biais d'inertie. Il s'agit de la tendance des individus à ne pas modifier la situation existante alors même que ce serait dans leur intérêt en raison d'une aversion au changement ou à la perte[991]. Enfin, il existe également le fameux biais de procrastination qui consiste à repousser les tâches jusqu'au dernier moment qui explique probablement une partie des hypothèses dans lesquelles il est reproché à un contractant de ne pas avoir réagi.

2. L'économie comportementale et l'analyse comportementale du droit

214. Les thèses comportementalistes saisies par les sciences économiques : l'économie comportementale – La première science sociale à s'être saisie des thèses comportementalistes est l'économie. L'économie dite comportementale repose sur l'axiome inverse à celui de l'économie classique tout en étant elle-même

---

[989] *Ibid.* : cette mécanique du jugement est à l'origine d'un certain nombre de biais cognitifs comme l'excès d'optimisme, de confiance ou encore l'illusion de validité.

[990] ALEMANNO A., HELLERINGER G., SIBONY A.-L., « Brève introduction à l'analyse comportementale du droit », D.2016, p.911 : « Dans le domaine juridique, les clauses limitatives de responsabilité, par exemple, peuvent être vues à la lumière de ce phénomène cognitif. Même si leur fonction est de plafonner la réparation, elles produisent vraisemblablement aussi un effet d'ancrage. Du seul fait qu'elles mentionnent un montant, elles introduisent nécessairement un point de référence, qui pourra affecter l'évaluation des dommages réels, que ce soit par la victime, par un expert ou par un juge ».

[991] SAMUELSON W., ZECKHAUSER R. J., "Status Quo Bias in Decision Making", Journal of risk and uncertainty, 1988, vol.1, n°1, p.7-59 ; adde : THALER R. H., *Misbehaving, les découvertes de l'économie comportementale*, trad. Ch. Jaquet, Seuil, 2018, p.229 : « Et si l'aversion à la perte explique certainement en partie nos résultats, il y a un autre phénomène qui lui est associé : l'inertie. En physique, les objets dans un état de repos restent ainsi sauf s'il se passe quelque chose. Les gens agissent de même : ils s'accrochent à ce qu'ils ont, à moins qu'il n'y ait une bonne raison de changer, ou peut-être malgré le fait qu'il y a une bonne raison de changer. »

éminemment libérale : il s'agit de rompre avec l'idée traditionnelle selon laquelle une seule et même théorie du comportement humain puisse être à la fois normative et descriptive : celle de l'*homo economicus*. Selon eux, les agents économiques ont une « rationalité limitée » causée par toute une série de biais cognitifs développés par les sciences comportementales avec lesquelles ils se sont alliés. Ces biais expliqueraient pourquoi les individus ne se comportent pas comme l'axiome libéral initial le prévoyait, c'est-à-dire d'une rationalité sans failles. Mais, et c'est tout l'objet de l'économie comportementale, si les comportements sont biaisés, ils ne sont pas pour autant imprévisibles et indescriptibles. Les institutions publiques et les règles de droit qu'elles produisent doivent donc agir sur ces biais à la lumière d'un raisonnement économique inspiré des expérimentations psychologiques dans le but d'arranger les actions individuelles[992]. Ces interventions doivent cibler les comportements des individus pour les réorienter vers des actions dont les effets sont jugés désirables et efficaces. Leur science est à la fois descriptive et normative. Descriptive, car il faut décrire le comportement et démontrer l'existence d'un biais cognitif. Normative, car il s'agit de revoir les théories économiques classiques à la lumière des biais comportementaux prévisibles mais surtout inciter les agents à adopter le bon comportement. Il faut prévoir et agir sur les comportements irrationnels des agents économiques. Soit, c'est la manière douce, avec ce qu'ils appellent le *nudging* ou théorie du *nudge*[993], soit, c'est la manière coercitive, avec des règles de droit. L'originalité de l'économie comportementale (contrairement à l'économie classique positive et à l'analyse comportementale du droit[994]) est que leurs auteurs s'autorisent à juger le bien-fondé des comportements décrits puisqu'ils travaillent à mettre en évidence chez les agents des « biais », des « erreurs », en d'autres termes, de l'irrationalité[995]. Or ce jugement est posé précisément en référence à la figure de l'*homo economicus* qui joue le rôle d'étalon de mesure des comportements, voire d'idéal à atteindre par la correction des comportements[996]. Le renoncement à la

---

[992] Du point de vue des économistes comportementaux, les actions individuelles sont à l'origine des grands problèmes sociétaux comme la dégradation de la santé, de l'environnement ou de l'endettement généralisé.
[993] Désignant la stratégie consistant à inciter les agents à adopter un comportement exempt de biais cognitif.
[994] SIBONY A.-L., HELLERINGER G., ALEMANNO A., « L'analyse comportementale du droit, Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », Revue internationale de droit économique, vol. t. xxx, n°3, 2016, pp.315-338
[995] BERGERON H., CASTEL P., DUBUISSON-QUELLIER S., LAZARUS S., et *al*., « L'économie comportementale dans le monde académique », in. BERGERON H., CASTEL P., DUBUISSON-QUELLIER S., LAZARUS S. ET AL. (dir.), *Le biais comportementaliste*, Presses de la Sciences Po, « Hors collection », 2018, p.11-45.
[996] SERVET J.-M., *L'économie comportementale en question*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2018 : qui déconstruit la rhétorique et la pratique de ce mouvement qui conduit en réalité, selon lui, à « discipliner les populations pour les amener à agir selon les dogmes d'une économie supposée efficace. »

démarche de l'économie standard ne s'accompagne donc pas nécessairement, loin de là, d'un rejet définitif de ce qui en constitue l'axiome principal. Ce n'est plus le point de départ de la théorie, mais le but de la théorie. Autrement dit, l'économie comportementale est la science qui tente de transformer l'*homo* en *homo economicus*.

215. La place de la réactivité dans l'économie comportementale – Selon les économistes comportementaux, l'absence de réaction d'un individu est un comportement *a priori* antiéconomique. Plus particulièrement, le Professeur Thaler prend le parti d'énoncer que la réactivité peut être problématique dans deux hypothèses extrêmes que sont l'absence de réaction et la surréaction[997]. D'abord, l'absence de réaction est considérée comme inefficace. Il s'agit d'un comportement irrationnel, source de longueurs et de couts inutiles. Pour les économistes comportementaux, cette passivité peut être causée par toute une série de biais cognitifs et notamment par le biais d'inertie. Pour lutter contre ce dernier biais, les économistes comportementaux proposent une solution : l'automatisme[998] qui va venir combler l'inertie des agents économiques et augmenter l'efficacité de la norme. Économiquement, il s'agira par exemple de soumettre automatiquement un individu à un plan de retraite dont le taux d'épargne est jugé plus avantageux. Juridiquement, cela pourra se traduire par un système d'*opt-out* ou par l'élaboration d'une règle supplétive de volonté en matière contractuelle[999], ou encore au mécanisme de renouvellement tacite. Ensuite, l'économie comportementale déplore la surréaction. Elle démontre ainsi que la réactivité n'est pas un comportement efficace dans l'absolu et qu'il ne s'agit pas nécessairement d'une panacée. C'est ce que ses théoriciens appellent la réaction inefficace. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles une réaction trop rapide et brutale d'un acteur du marché peut avoir des conséquences néfastes et qu'il faut,

---

[997] Sur la surréaction en matière contractuelle et les limites que le droit lui oppose : v. *Infra*, n°304 et s.

[998] THALER R. H., *Misbehaving, les découvertes de l'économie comportementale*, *op. cit*., p.446 : « De nombreuses études montrent que la plupart des gens qui disposent d'un plan d'épargne retraite estiment qu'ils devraient épargner davantage, et prévoient de s'y mettre prochainement. Puis ils repoussent l'échéance et ne se décident finalement jamais à augmenter leur taux d'épargne. En fait, la plupart des adhérents modifient rarement leurs choix en matière d'épargne sauf s'ils changent de travail et sont donc obligés de remplir de nouveaux formulaires. Or l'adhésion automatique permet, comme par magie, de résoudre ce problème d'inertie. Augmenter le taux d'épargne devrait également être possible en se basant sur le même principe. Si l'on pouvait inciter les gens à adhérer à un plan de retraite prévoyant des hausses automatiques du taux d'épargne, l'inertie serait susceptible de travailler non plus contre nous, mais pour nous ».

[999] SIBONY A.-L., HELLERINGER G., ALEMANNO A., « L'analyse comportementale du droit, Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », art. préc.

dans certains cas, privilégier une attitude passive[1000]. Une telle analyse va à l'encontre de l'idée selon laquelle le comportement réactif est source uniquement d'efficacité et favorise les prises de risques. Mieux encore, les comportementalistes soutiennent l'idée selon laquelle un comportement solidaire est, à long terme, plus efficace économiquement qu'une posture utilitariste classique. En effet, les découvertes de l'économie comportementale ne remettent pas en cause l'idéologie utilitariste de l'analyse économique du droit, mais change sa perspective. En droit américain des contrats, l'influence de l'analyse économique du droit est battue en brèche par les découvertes des comportementalistes, qui ont permis de remettre ce modèle du contractant rationnel[1001]. De telles conclusions sont intéressantes pour le droit qui, même s'il poursuit d'autre finalité, peut s'approprier le comportementalisme pour poursuivre ses propres idéaux. C'est notamment ce qu'a proposé, entre autres, la Professeure Anne-Lise Sibony.

216. Définition de l'analyse comportementale du droit – Le Professeur Deumier explique que la fonction première du droit est de diriger les conduites

---

[1000] THALER R. H., *Misbehaving, les découvertes de l'économie comportementale*, *op. cit.*. p.199 : Une réaction inefficace d'abord, comme l'hyperréactivité des sociétés commerciales qui peut parfois conduire à un comportement inéquitable qui, à long terme, n'a aucun avantage économique : selon lui, l'intérêt de faire montre d'équité devrait être flagrant pour toutes les entreprises qui envisagent de s'implanter dans un secteur d'activité – et faire preuve d'équité consiste parfois à ne pas réagir face à un évènement (par exemple, ne pas faire monter le prix du contreplaqué après une catastrophe naturelle ou le prix d'un disque après la mort de l'artiste – ou encore le fait de regarder souvent un portefeuille d'action conduit à plus de perte qu'adopter un comportement plus passif). Lorsque la demande s'accroit, la réaction « naturelle et rationnelle » du vendeur est d'augmenter les prix mais il doit en réalité arbitrer entre un gain financier à court terme et une perte de clientèle au long terme ; *adde* : THALER R. H., TVERSKY A., KAHNEMAN D., SCHWARTZ A., « The effect of myopia and loss aversion on risk taking: an experimental test », Quarterly Journal of Economics, vol.112, n°2, p.647-661: l'exemple des portefeuilles d'investissement et le *narrow framing* : « une des conséquences de cette analyse, c'est que plus les agents surveillent leur portefeuille d'investissements, moins ils sont prêts à prendre des risques : si vous suiviez le vôtre souvent, vous prendrez en effet connaissance de davantage de pertes ; il réalise une expérience : une option risquée avec des rendements élevés et une option plus sûre avec des rendements plus faibles. Dans ce cas, nous avons fait varier la fréquence à laquelle ils pouvaient consulter les résultats provoqués par leurs décisions. Certains purent les examiner huit fois par an, d'autres une fois seulement ou une fois tous les cinq ans. L'aversion myope à la perte s'est vérifiée : les sujets qui suivaient leurs résultats plus souvent que les autres se montrèrent plus prudents ».

[1001] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°105, pp. 127-128 : Rejoins le néo-institutionnaliste dont parle l'auteur : « Ce mouvement entendait rompre avec le corpus néo-classique et, en particulier, avec les hypothèses traditionnelles sur l'h*omo economicus* comme agent parfaitement rationnel et informé, et avec l'individualisme méthodologique. En réalité, les individus ne disposent pas de toutes les informations, et leur rationalité est limitée : ils ont dès lors des comportements plus complexes que ce que décrit la théorie classique. » ; voir également en ce sens : ZAGORSKI W., *Introduction aux doctrines juridiques du XXe siècle*, *op. cit.,* n°85, p.127 ;Un tel mouvement bat en brèche les idées qui en avaient découlées de l'analyse économique du droit telles que *l'efficient breach of contract,* en s'interrogeant sur la question de savoir comment les contractants envisagent les sanctions en cas de violation et comment ils sont incités ou découragés par certaines stipulations contractuelles : EISENBERG M. A., "Behavioral Economics and Contract Law", in. ZAMIR E., TEICHMAN D., *The Oxford handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press, 2014, p.439

humaines, que pour atteindre cet objectif, il se doit de proposer un modèle de comportement. Pour qu'un tel objectif se réalise, il faut parfois intégrer des analyses plus poussées des comportements afin de mieux étudier l'efficacité de la règle de droit[1002]. Dans le sillage de l'économie comportementale, des juristes se sont saisis des conclusions du comportementalisme pour fonder ce qu'ils ont choisi d'appeler « l'analyse comportementale du droit[1003]». Pour ces auteurs, le droit « ne doit pas seulement s'intéresser aux comportements qu'il détermine, mais aussi à tous ceux qui déterminent son efficacité[1004]». De la même manière que les comportements qui aboutissent à l'efficacité d'une règle de droit ou, en ce qui nous concerne, d'un contrat, doivent être analysés et favorisés, il est nécessaire de s'interroger sur l'encadrement par le droit de l'interdiction et de la sanction de certains comportements afin que « les règles de droit aient réellement prise sur les comportements visés[1005]». Dans cette optique, l'analyse comportementale du droit se propose « de tirer les conséquences, dans le domaine juridique, de la mise en évidence de l'existence de biais cognitifs. Elle conduit notamment à réexaminer les présupposés ainsi que les conséquences attachées à l'hypothèse implicite selon laquelle le destinataire de la règle de droit, son interprète ou son auteur sont des êtres entièrement rationnels[1006]». Principalement, l'analyse comportementale se révèle être un outil scientifique d'amélioration du droit. De nombreuses normes ont ainsi été passées au crible de l'analyse comportementale du droit, soit pour en déceler sa trace, soit pour en proposer des améliorations. Monsieur Audit a proposé une analyse comportementale de l'information en matière juridique, domaine dans lequel les biais cognitifs sont particulièrement prégnants[1007]. Les exigences de clarté et compréhensibilité des clauses stipulées dans les contrats de consommation[1008] et d'assurance[1009] révèleraient ainsi une prise en compte des thèses comportementalistes par le droit pour lutter contre les biais des justiciables liés au traitement de l'information. Mieux encore, l'auteur

---

[1002] DEUMIER P., *Introduction générale au droit,* op. cit., n°9, p.21.
[1003] SIBONY A.-L., HELLERINGER G., ALEMANNO A., « L'analyse comportementale du droit, Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », art. préc. ; voir également en ce sens : SIBONY A.-L., HELLERINGER G., ALEMANNO A., *Brève introduction à l'analyse comportementale du droit*, art. préc. : « Parmi les différentes branches des sciences comportementales, la psychologie cognitive et sociale offre des contenus particulièrement pertinents pour le droit, notamment l'étude de la formation des jugements, des choix et de la propension à agir. »
[1004] *Ibid*, p.12.
[1005] *Ibid.*
[1006] AUDIT P.-E., « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », RTD civ. 2021, p.545
[1007] *Ibid*.
[1008] Art. L.111-1, C. cons.
[1009] Art. L.112-2-1, C. ass.

propose d'étendre les conclusions comportementalistes appliquées aux droits spéciaux à la qualité des informations et la rédaction des clauses de droit commun[1010]. Par ailleurs, les conclusions des thèses comportementalistes fondent également l'interdiction des ventes par inertie directement imputable au biais de *statu-quo* ou *d'inertie.* Elles trouvent des applications dans les recours collectifs en droit judiciaire avec les systèmes d'*opt-in* et d'*opt-out*[1011] et plaident pour que le droit des sociétés soumette certaines décisions à l'approbation de dirigeants non exécutifs pour faire face à la probabilité que les dirigeants de sociétés souffrent d'un *biais d'optimisme*[1012].

B. Application des thèses de l'analyse comportementale du droit au devoir de réaction

217. Essai d'application de l'analyse comportementale du droit à l'hypothèse d'un devoir de réaction – Si les conclusions de l'analyse comportementale du droit pourraient offrir des clés de lecture intéressantes dans de nombreuses manifestations du devoir de réaction, le cas de l'efficacité des obligations légales imposant la protection d'un intérêt général constitue le sujet d'étude le plus idoine pour s'interroger sur l'efficacité des règles qui les fondent. En effet, les thèses comportementalistes se révèlent très utiles dans les situations de « stresse intense, notamment sous la pression du temps, quand le décideur ne peut pas se permettre de rechercher et d'analyser l'ensemble des données pertinentes[1013]». Dans ce type d'obligations légales, le traitement de l'information sera au centre de l'analyse car celle-ci est intimement liée à la réaction. Le Professeur Vivant faisait en ce sens reposer la faute par abstention sur le triptyque « pouvoir-savoir-inertie[1014]». Les contractants soumis à ce type d'obligations sont, plus que d'autres, particulièrement exposés à la prise de décision et au traitement d'informations qui la permette. L'employeur, le fournisseur d'hébergement comme le dirigeant ont le devoir de réagir à la survenance d'un risque.

[1010] AUDIT P.-E., *loc. cit.* : l'article 1171 du Code civil devrait ainsi ajouter la condition de clarté et de compréhensibilité de la clause ; l'article 1121-1 du Code civil pourrait imposer certaines exigences de formes comme faire figurer certaines informations en première page.
[1011] SIBONY A.-L., HELLERINGER G., ALEMANNO A., « L'analyse comportementale du droit, Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », art. préc
[1012] *Ibid.*
[1013] ZAGORSKI W., *Introduction aux doctrines juridiques du XXe siècle*, *op. cit.,* n°82, p.125 : l'auteur ajoute que, dans ce type de situation, « les éléments immédiatement et plus facilement disponibles déterminent alors le comportement humain ».
[1014] VIVANT M., « La responsabilité des intermédiaires de l'internet », JCP G 1999, p.2021.

Prenons l'exemple légal qui, à notre sens, intègre au mieux les thèses comportementalistes. Il s'agit du devoir de vigilance imposé aux sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres de l'article L.225-102-4 du code de commerce. Depuis les travaux comportementalistes, nous savons que les organes de direction des sociétés ont une tendance particulière aux biais cognitifs dans la prise de décision : en raison, notamment, de *l'effet cadrage*, du *biais d'optimisme* ou du *biais de COVERA*[1015]. De tels biais peuvent les conduire à omettre la prise en compte de certaines informations. Par exemple, ils peuvent privilégier celles qui confirment plutôt que celles qui infirment, celles qui sont immédiatement disponibles plutôt que celles qui nécessitent des recherches, celles qui sont optimistes plutôt que l'inverse. Ces informations omises auraient pu être pertinentes par rapport aux risques contre lesquels le décideur est supposé lutter. En ne prêtant pas attention aux signaux faibles, aux probabilités rares ou aux premiers signes de la survenance d'un risque, un dirigeant de société ou un employeur risquent de ne pouvoir réagir ni correctement ni au bon moment, manquant ainsi la raison d'être de la loi. L'efficacité des règles imposant vigilance ou sécurité, tournées vers l'intérêt général, repose précisément sur la capacité des décideurs à en assurer la protection optimale. Nous avons vu, dans les lignes qui précèdent, que les mesures réactives sont couplées à des mesures préventives. Seul le devoir de vigilance des sociétés mères intègre manifestement la prise en compte des biais comportementaux du décideur. La société doit, en effet, établir un plan de vigilance propre à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves, et qui comprend une cartographie des risques. Intégrer la possibilité d'un risque réduit drastiquement les effets d'un biais cognitif. L'efficacité des plans de vigilance, parfois mise en doute, doit être saluée en ce que ces derniers intègrent, par la cartographie des risques, les théories comportementalistes. La survenance d'un risque imposera au contractant une prompte réaction. En établissant un plan, il intègre l'objectif à poursuivre en imaginant toutes les situations possibles, en n'omettant aucun risque, favorisant ainsi une réaction plus rapide, efficace et ayant prise avec les objectifs fixés par la loi. Sans maitriser l'information disponible, le dirigeant s'expose davantage aux biais cognitifs et risque de réagir trop tard. En revanche, les autres obligations de sécurité et vigilance étudiées ne mettent pas nécessairement l'accent sur la disponibilité

[1015] V. *Supra*, n°213 : Notamment le COVERA (abréviation de « ce qu'on voit et rien d'autres » et traduction de *WYSIATI* « *what you see is all there is* ») est un mode de raisonnement des personnes qui, sur une question donnée, privilégient et surestiment les informations immédiatement disponibles et nécessairement réduites et donne lieu à des biais d'optimismes, de confirmation.

de l'information. L'article L.4121-1 du code du travail n'impose, par exemple, aucune mesure destinée à assainir l'information disponible pour l'employeur chargé d'assurer la sécurité des salariés. L'analyse comportementale du devoir de réaction soulève la question suivante : les règles de droit imposant une vigilance ont-elles réellement prise sur le comportement du décideur ? À quoi bon imposer un devoir de réaction à un contractant soumis à des prises de décisions (employeur, dirigeant, hébergeur, maître d'ouvrage) si ce dernier est incapable de juger rationnellement, par l'information, l'étendue des risques qu'il doit encadrer ? L'efficacité des règles imposant vigilance et sécurité est ainsi intimement lié à la bonne information du décideur, permettant de lutter contre les biais cognitifs de ce dernier.

218. Proposition de généralisation des mécanismes de bonne information des débiteurs d'un devoir de réaction - Nous proposons, à la suite des théories issues de l'analyse comportementale du droit, de proposer une modification de l'encadrement normatif et contractuel des obligations de sécurité et des devoirs de vigilance par l'amélioration de l'information du contractant soumis à ce devoir. Sur le modèle du devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre, il est nécessaire d'offrir aux contractants tous les outils pour assurer une vigilance et une sécurité optimales par le gommage des biais cognitifs prévisibles. Il est souhaitable que tout contractant soumis à une obligation légale lui imposant une réaction quasi-immédiate dispose d'une information suffisante pour réagir. Une cartographie des risques généralisée à tous les débiteurs soumis à de telles obligations serait probablement souhaitable. Pour qu'un devoir de réaction soit véritablement efficace lorsqu'il poursuit une obligation dont la finalité est la protection de l'intérêt général, il doit être la résultante d'une information parfaite de son débiteur.

Section seconde : Les conséquences attachées au devoir de réaction pour l'exécution d'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général

219. Annonce – Une obligation dont la finalité est la protection d'un intérêt général instrumentalise, dans certains cas, un devoir de réaction afin d'assurer sa pleine efficacité. Ce dernier, érigé en véritable condition d'exécution de l'obligation qui le dépasse, porte en lui un certain nombre de conséquences qu'il s'agira d'étudier dans les lignes qui suivent. Le droit doit ainsi accompagner son efficacité de la même manière qu'il doit sanctionner son absence de mise en œuvre. Les conséquences attachées au devoir de réaction pour assurer l'efficacité d'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général seront étudiées d'abord à travers sa bonne mise en œuvre (**paragraphe premier**) pour s'intéresser ensuite à son absence de mise en œuvre, c'est-à-dire de sa violation (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : Les conséquences de la mise en œuvre du devoir de réaction

220. Annonce – Le droit cherche à favoriser la réaction du contractant. L'étude du contenu des obligations ayant pour finalité la protection d'un intérêt sectoriel ou général a permis de démontrer que le droit canalise la réaction du contractant à travers des mécanismes juridiques, comme la prévalence de l'obligation de moyens sur celle de résultat ou encore le choix fréquent de maintenir des règles sociales et solidaire dans le champ du droit souple. Mais ce peut-être, aussi, à travers des mécanismes extra-juridiques : l'image de marque d'une entreprise, la réputation publique, le poids marketing de la prise en charge d'un intérêt général. La logique d'incitation-récompense se retrouve dans les conséquences de la mise en œuvre du devoir de réaction. L'incitation à la bonne réaction du contractant donne lieu à deux conséquences : d'abord, le droit assure au contractant réactif qu'il n'engagera pas sa responsabilité s'il prouve avoir réagi (**I**) ; ensuite, le droit légitime les réponses juridiques apportées par le contractant en refusant de considérer que celles-ci sont fautives (**II**).

I. L'absence d'engagement de la responsabilité du débiteur du devoir de réaction

221. Une conséquence logique de l'obligation de moyens à laquelle est rattaché le devoir de réaction – Pour qu'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général fasse peser un devoir de réaction sur le contractant, aussi faut-il qu'elle soit de moyens. Cette dernière, qu'elle soit de source contractuelle, jurisprudentielle ou légale, offre la possibilité au débiteur du devoir de réaction de réagir face à la survenance du risque, ce qui implique qu'il puisse échapper à sa responsabilité s'il justifie avoir pris les mesures réactives idoines face à la survenance du risque. Ainsi, des contractants ont pu échapper à leur responsabilité pour avoir pris des mesures réactives en temps utile. Les devoirs de vigilance de consécration récente n'offrent, pour le moment, aucun exemple de contractant qui échapperait à sa responsabilité pour avoir réagi en temps utile. En revanche, en droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « ne méconnait pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention et qui, informé des faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à les faire cesser[1016]». Dans la même veine, un employeur placé face à un cas de harcèlement, qui avait proposé rapidement de recevoir la salariée et diligenté une enquête, puis accueilli une association spécialisée mandatée par la salariée pour finalement organiser le retour de cette dernière dans l'entreprise, n'avait pas manqué à son obligation de sécurité[1017].

222. La charge de la preuve de la réaction du contractant – La seconde conséquence découlant de l'obligation de moyens concerne la charge de la preuve. En présence d'une obligation de moyens, il ne suffit pas au créancier de prouver que l'obligation n'a pas été exécutée mais il lui revient, en outre, d'apporter la preuve que cette inexécution est due à un manquement du débiteur[1018], en l'occurrence l'absence de réactivité. Si la contractualisation d'une norme RSE peut parfois être une obligation de résultat, les obligations légales étudiées dans les lignes précédentes reposent toutes sur des obligations de moyens. Il appartiendra donc au demandeur de prouver que le contractant n'a pas réagi à la survenance du risque. Par exception, en droit du travail,

---

[1016] Cass. soc., 1er juin 2016, n°14-19.702, RTD civ. 2016.869, note P. Jourdain, D.2016. 1681, note J. Icard et Y. Pagnerre ; RDT 2016. 709, obs. Géniaut.
[1017] Cass. soc., 17 avril 2019, n°17-20.892.
[1018] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op.* cit., n°848, p.906

c'est sur l'employeur que pèse la charge de la preuve ce qui justifie le régime d'une « obligation de moyens renforcés[1019] ». Encourt ainsi la cassation l'arrêt d'appel qui ferait peser la charge de la preuve du harcèlement moral sur le seul salarié[1020]. Dans les autres cas, c'est à la victime de démontrer que le débiteur de l'obligation n'a ni adopté les mesures préventives, ni réagi à la survenance du risque. Si un tel balancement de la charge de la preuve peut se comprendre dans un contrat équilibré, il est en revanche fortement critiquable dans des devoirs qui se veulent protéger un intérêt général en offrant des moyens de luttes à des victimes souvent faibles. C'est, par exemple, à la victime de l'inexécution du plan de vigilance de démontrer que celui-ci n'a pas été exécuté, ce qui n'a pas manqué de faire l'objet de critiques de la part de la doctrine qui souhaiterait, au contraire, que la charge de la preuve pèse sur la société donneuse d'ordre[1021] ou que la responsabilité de celle-ci soit présumée à moins qu'elle « ne prouve qu'elle n'a pu, en dépit de sa vigilance et de ses efforts, prévenir le dommage en faisant cesser son risque ou en empêchant sa réalisation[1022]».

223. La preuve de la réaction du contractant - Certaines obligations légales décrivent une véritable « procédure de réaction » à suivre pour considérer qu'un contractant a bien réagi tandis que d'autres laissent une plus grande liberté en se contentant de mentionner qu'il faudra réagir d'une manière ou d'une autre. Ainsi, le devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre leur impose de « veiller à la bonne application du plan » sans plus de précision comme l'employeur ou le fournisseur d'hébergement qui doivent respectivement « mettre un terme » ou « agir promptement ». En revanche, le devoir de vigilance du maître d'ouvrage et du donneur d'ordre explicite assez clairement la manière dont les débiteurs doivent réagir à une illicéité. Les modalités de réaction sont, par exemple, décrites par l'article L.8281-1 du Code du travail : le maître d'ouvrage informé d'une irrégularité doit enjoindre aussitôt l'employeur de faire cesser l'illicite qui dispose de vingt-quatre heures pour régulariser la situation. En l'absence de

---

[1019] Cass. soc., 25 nov. 2015, n°14-24.444, D.2016 147, note E. Wurtz ; Dr. soc. 2016. 457, étude P.-H. Antonmattei ; JCP E 2016.1148, note A. Bugada ; DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, *op. cit*., n°962, p.1210.

[1020] ADAM P., « Obligation de sécurité, préjudice nécessaire et preuve du harcèlement moral », note sous Cass. soc., 9 décembre 2020, n°19-13.470, Dr. soc. 2021. 268.

[1021] SACHS T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », Revue dr. trav., 2017, p.380 ; PÉRIN P-L., « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui embrasse trop mal étreint », RTD Com. 2015, p.215.

[1022] CUZACQ N., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », D.2015. 1049.

réponse, il doit informer immédiatement l'agent de contrôle. La preuve de l'absence de réaction du contractant se fera en contemplation des prescriptions requises par le texte légal.

II. L'absence de caractère fautif des réponses juridiques apportées par le débiteur du devoir de réaction

224. Le droit doit garantir le libre exercice des prérogatives lorsqu'elles ont pour finalité d'assurer l'efficacité d'une obligation protégeant un intérêt général - Réagir face à l'illicéité, dans le cadre du devoir de réaction, suppose d'user de ses droits. Le législateur et le juge doivent donc s'assurer qu'un contractant placé face à une illicéité puisse user de toutes ses prérogatives sans risquer de se voir condamner pour un usage fautif ou abusif de l'une d'entre elles. Il s'agit, pour les juges, d'inciter au bon usage de la réaction par un mécanisme d'incitation et de récompense, dont la fonction suggestive s'intègre parfaitement dans les nouveaux modes de régulation économique[1023]. S'il s'agit principalement, dans les lignes qui suivent, d'étudier la légitimité des sanctions apportées par le débiteur du devoir de réaction, les autres prérogatives contractuelles permettant de réagir à l'illicite doivent également pouvoir être mise en œuvre sans que cela puisse être reproché au titulaire. La faculté de modification unilatérale du contrat, par exemple, doit pouvoir être utilisée librement. Dans le cadre de ses sanctions disciplinaires, un employeur doit pouvoir modifier les horaires ou le lieu de travail du salarié harceleur sans risquer d'être condamné, tout comme une personne morale doit pouvoir se prévaloir d'une clause de dédit à l'encontre d'un sous-traitant qui ne respecte manifestement certains standards environnementaux.

225. Inciter le contractant à la réaction par la légitimation des sanctions de l'inexécution - Au-delà de la conséquence aussi logique que classique de l'absence d'engagement de la responsabilité civile du contractant, les juges doivent favoriser le débiteur du devoir de réaction lorsqu'il use de ses droits substantiels, notamment des sanctions. Ainsi, l'obligation poursuivant une finalité d'intérêt général, comme celles à caractère social et environnemental, qu'elle soit de source contractuelle ou extra-contractuelle, doit être considérée comme une obligation contractuelle qui, en

[1023] FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentement, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998, p.43 ; BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, th. préc., n°355, p.315.

cas d'inexécution, pourra servir de support à la mise en œuvre d'une sanction. Autrement dit, il s'agit de légitimer les mesures prises par le contractant. Deux hypothèses sont à distinguer : la première, assez évidente, est celle dans laquelle la sanction n'est pas conditionnée à une exigence de gravité mais repose sur le jeu des clauses contractuelles ; la seconde, moins évidente, soulève la question de la légitimation des sanctions conditionnées à une exigence de gravité.

226. La possibilité d'intégrer l'obligation protégeant un intérêt général mécanisme de la clause résolutoire – Assez logiquement, lorsque les parties décident de contractualiser une norme RSE, elles peuvent en transférer le contenu dans une clause résolutoire qui permettrait de résoudre ou résilier le contrat en cas de violation. C'est d'ailleurs une technique fréquemment utilisée par les entreprises ayant choisi de se soumettre à des codes de conduite. Madame Larouer donne ainsi l'exemple du groupe Bouygues dont la charte RSE entre les fournisseurs et les sous-traitants dispose que « tout manquement grave et délibéré du Fournisseur aux principes exposés dans cette charte constituera un manquement à ses obligations contractuelles, susceptibles d'entrainer, en fonction de la gravité de ce manquement, l'application de mesures coercitives prévues au contrat, pouvant aller le cas échéant jusqu'à la résiliation pure et simple du contrat aux torts du Fournisseur[1024]». Il est tout à fait possible d'imaginer que les sociétés mères et donneuses d'ordre, dans le cas de leur devoir de vigilance, puissent de la même manière contractualiser le plan de vigilance au sein d'une clause résolutoire leur permettant de rompre immédiatement un contrat passé avec un sous-traitant peu regardant. Le nouvel article 1225 du Code civil autorise les parties à convenir que la résolution puisse intervenir du seul fait de l'inexécution, sans avoir à faire suite à une mise en demeure infructueuse.

227. Le débiteur du devoir de réaction doit pouvoir résilier un contrat qui ne respecte pas l'obligation protégeant l'intérêt général et, plus généralement, mettre en œuvre les sanctions de l'inexécution à sa disposition – Lorsque le débiteur du devoir de réaction est placé face à une illicéité qui va à l'encontre de l'obligation protégeant un intérêt général, sa réaction sera cristallisée dans le moyen juridique qu'il décide de mettre en œuvre pour riposter à l'illicéité. La plupart du temps,

---

[1024] LAROUER M., *Les codes de conduite, source du droit*, th. préc., n°132, p.195 : citant Bouygues, « Charte RSE fournisseurs et sous-traitants », 2015, p4.

il s'agira de sanctionner le cocontractant auteur de l'illicéité. Parmi toutes les sanctions à disposition du contractant, l'exception d'inexécution, la réduction du prix et la résolution unilatérale par voie de notification sont les sanctions les plus aptes à démontrer une réaction rapide et énergique du contractant[1025]. En droit du travail, ce seront les sanctions disciplinaires qui permettront une prompte réaction. Cependant, toutes ont en commun d'être subordonnées à la démonstration d'une inexécution suffisamment grave. Reste à savoir si l'inexécution d'une obligation sociale et solidaire contractualisée où d'une obligation extérieure à la volonté des parties revêt les caractères de la gravité. La réponse ne va pas de soi tant ce type d'obligation peut sembler accessoire au regard de la prestation essentielle du contrat, à plus forte raison lorsque sa source est extra-contractuelle. Avant la réforme du droit des contrats, et dans le sillage de l'arrêt *Tocqueville* qui avait jugé que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mettre fin de façon unilatérale[1026]», les juges avaient tendance à « exiger un surcroît de gravité lorsqu'une des parties notifiait à l'autre sa volonté[1027]». Cette conception restrictive ne légitimait la résolution unilatérale que lorsque l'obligation essentielle avait été inexécutée dans des circonstances particulièrement fautives[1028]. Difficile, à la lumière d'une telle exigence, de permettre aux contractants de rompre unilatéralement des contrats pour des manquements relatifs à des considérations sociales et solidaires. De telles obligations ne sont pas toujours très graves et atteignent rarement l'obligation essentielle du contrat. Pour donner suite aux infléchissements progressifs de la jurisprudence de la « gravité du comportement » vers la « gravité du manquement[1029]», le législateur est venu atténuer cette incertitude[1030] en exigeant, à l'article 1226 du Code civil, une « inexécution suffisamment grave » commune à la résolution unilatérale et judiciaire. La jurisprudence la plus récente témoigne ainsi d'un glissement progressif de l'analyse du comportement à celle de l'inexécution[1031], la première n'étant pas exclue mais analysée comme un élément d'aggravation de la seconde. Par conséquent, depuis

---

[1025] CHANTEPIE G., « Contrats : effets », *Rép. droit civil*, 2020, n°256.
[1026] Civ. 1ère, 13 octobre 1998, n°96-21.485, Bull. civ. I, n°300 ; D.1999. 197, note Ch. Jamin ; D.1999. 155, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1999. 394, obs. J. Mestre ; RDSS 2000. 378, obs. Mémeteau et Harichaux ; RTD civ. 1999. 506, obs. J. Raynard.
[1027] LE TOURNEAU PH. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats* 2020-2021, *op. cit*., n°3215.111
[1028] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,*n°805, p. 866.
[1029] Civ. 1ère, 13 mars 2007, JCP 2007. I. 161., n°12, obs. P. Grosser.
[1030] AYNÈS L., « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », Dr. & patr., 2004, n°126, p.55. ; STOFFEL-MUNCK Ph., « La résolution par notification : questions en suspens », Dr. & patr., 2014, n°240, p.67.
[1031] DOURNAUX F., « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », note sous com. 17 février 2021, n°19-19993 et com., 3 mars 2021, n°19-22574, RDC juin 2021, n°02, p.8.

quelques années et *a fortiori* depuis la réforme, il est possible de soutenir que rien n'empêche les juges de légitimer la résolution unilatérale d'un contrat lorsque l'une des parties manque à une obligation protégeant un intérêt général. À cet égard, peut être mentionné un arrêt particulièrement intéressant rendu le 1er décembre 2010 par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation dont la solution pourrait servir de modèle à tous les contractants tenus à une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général. Une société dont l'activité reposait sur la fabrication de matériel médical avait conclu un contrat d'enlèvement et de valorisation de ses déchets industriels non-dangereux avec une société spécialisée dans le négoce et le recyclage de déchets. Les sociétés productrices de déchets sont obligées, selon l'article L.541-7 du code de l'environnement[1032], de tenir un suivi de ceux-ci jusqu'à l'étape finale de leur élimination ou de leur traitement. Une clause du contrat stipulait en ce sens que la société débitrice s'engeait à tenir à la disposition de son fournisseur les informations relatives aux modalités de l'élimination des déchets. Interrogée à plusieurs reprises, la société de recyclage s'est contentée de répondre « qu'elle était seule responsable des destinations des camions » sans toutefois donner l'information requise. Devant ce silence coupable, la société fabricante a décidé de réagir en procédant à la résiliation unilatérale du contrat. Sa cocontractante, l'a assignée en rupture fautive du contrat en raison, notamment, de l'absence de gravité du motif. La Cour de cassation s'est alignée sur les juges du fond pour considérer que la société demanderesse avait commis une faute contractuelle justifiant la résiliation du contrat, au regard de « sa propre responsabilité en tant qu'entreprise productrice de déchets, tenue du suivi de ceux-ci jusqu'à l'étape finale de leur élimination ou de leur traitement, en application de l'article L.541-2 du code de l'environnement[1033]». La prestation caractéristique ne consistait pas, en l'espèce, en la fourniture d'une information mais dans la prestation de service de traitement des déchets. Celle-ci avait été contractualisée en raison de la prescription légale. La violation d'une obligation accessoire à la première pouvait justifier la résiliation. Ainsi, le risque de responsabilité pesant sur une société en raison de ses obligations sociales et solidaires peut justifier, de son point de vue, la gravité d'un manquement à une obligation contractuelle, fût-elle accessoire. Le devoir de réaction du contractant est ainsi légitimé

[1032] À la date de l'arrêt, cette obligation se trouvait à l'article L.541-2 du code de l'environnement, par renvoi aux articles L.541-1, 4° et L.541-7 du même code. L'ordonnance n°2010-1579 du 17 décembre 2010 a modifié l'article mais la substance de l'obligation d'information reste la même si ce n'est qu'elle se retrouve désormais aux articles L.541-1, 5° et L.541-7 du code de l'environnement.
[1033] Cass. 3ème civ., 1er décembre 2010, n°09.16-516.

par l'absence de caractère fautif de la mise en œuvre de sa prérogative. Une telle solution pourrait tout à fait s'appliquer, par exemple, aux sociétés à mission ayant contractualisé leur raison d'être dans une convention les liant à un sous-traitant. Elle pourrait ainsi la rompre en cas de violation en raison des risques qu'elle encourt (perte du label et engagement de sa responsabilité). Encore, l'article 35 de loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire a inséré un nouvel article dans le code de l'environnement, entré en vigueur le 1er janvier 2022 par lequel elle oblige certaines entreprises à réutiliser ou recycler leurs invendus non-alimentaires[1034] obligeant ainsi les contractants à surveiller leurs invendus et le cas échéant, à résoudre les contrats passés avec les prestataires qui ne respecteraient pas les prescriptions de la nouvelle loi. Autre exemple, et à plus forte raison, une société donneuse d'ordre soumise au devoir de vigilance et dont le plan a intégré le contenu contractuel devrait pouvoir rompre unilatéralement un contrat le violant, prouvant ainsi sa réaction efficace face à l'illicéité[1035]. L'intégration dans le contrat d'une norme dont la finalité est la protection d'un intérêt général qu'elle soit issue d'une source non contraignante (norme RSE) ou imposée par une autorité extérieure (comme le devoir de vigilance des sociétés mères) peut donc servir de support à la mise en œuvre légitime d'une sanction de l'inexécution : elle doit échapper, sauf exception[1036], à la qualification de rupture fautive. Ainsi, les contractants soumis à un devoir de réaction sont incités à se servir de leurs prérogatives contractuelles par la légitimation de ces dernières. Le raisonnement est applicable aux autres sanctions de l'inexécution conditionnées à la démonstration d'une inexécution suffisamment grave : ainsi de l'exception d'inexécution, avérée[1037] ou anticipée[1038], ou de la forme judiciaire de la résolution[1039].

228. La légitimation de la mise en œuvre des sanctions spéciales par les contractants soumis à un devoir de réaction – En droit spécial, certains contractants

---

[1034] Art. 35, loi n°2020-105 venant insérer l'art. L.541-15-8-I dans le Code de l'environnement : « Les producteurs, importateurs et distributeurs de produits non alimentaires neufs destinés à la vente sont tenus de réemployer, notamment par le don des produits de première nécessité à des associations de lutte contre la précarité et des structures de l'économie sociale et solidaire bénéficiant de l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » tel que défini à l'article L.3332-17-1 du code du travail, de réutiliser ou de recycler leurs invendus, dans le respect de la hiérarchie des modes de traitement mentionnée à l'article L541-1 du présent code. »
[1035] TAP J.-B., « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », art. préc.
[1036] V. Les limites au devoir de réaction : n°x, p.x
[1037] Art. 1219 C. civ.
[1038] Art. 1220 C. civ.
[1039] Art. 1224 C. civ.

tenus à une obligation dont la finalité est de protéger un intérêt général ont à leur disposition des sanctions spéciales leur permettant de réagir à une illicéité. En droit du travail notamment, l'employeur placé face à un cas de harcèlement a le devoir de réagir promptement en brandissant des mesures et sanctions appropriées contre l'harceleur malgré le libellé de l'article L.1152-5 du code du travail qui dispose simplement que le salarié harceleur est « passible d'une sanction disciplinaire ». Des auteurs parlent ainsi d'une implicite obligation de sanctionner[1040] pouvant se traduire par deux types de mesures particulièrement énergiques : le licenciement pour faute grave ou la mise en œuvre d'autres sanctions disciplinaires. De telle sanctions font l'objet d'un contrôle attentif de la part des juges[1041]. Pour autant, la logique doit être la même en droit du travail qu'en droit commun des sanctions de l'inexécution car elle doit inciter l'employeur à réagir énergiquement et immédiatement face aux souffrances d'un salarié. Le juge doit s'efforcer de légitimer la réaction d'un contractant visant à assurer l'efficacité d'une obligation de sécurité dont la finalité réside dans la promotion de la dignité au travail. C'est la raison pour laquelle, en matière de harcèlement sexuel[1042], la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que des faits de harcèlement sexuels sont nécessairement constitutifs d'une faute grave, pouvant ainsi justifier un licenciement éponyme[1043]. En matière de harcèlement moral, la solution est à nuancer[1044]. Si un tel comportement constitue nécessairement une faute, la gravité de celui-ci n'est pas automatique et le juge fait preuve de réticence à obliger l'employeur d'exercer son pouvoir disciplinaire en la matière[1045]. Peuvent ainsi lui être préférées des sanctions disciplinaires alternatives, comme la mise à pied disciplinaire ou la mutation, qui ne doivent cependant pas être trop douces comme en témoigne un arrêt du 17 février 2021 qui avait considéré qu'un simple avertissement, pourtant considéré comme une sanction disciplinaire, était insuffisant pour

---

[1040] ANTONMATTEI P.-H., « Harcèlement moral », Dr. soc., 2015. 85 : « Le message est clair et le choix patronal finalement assez simple car la gravité du harcèlement qu'il soit sexuel ou moral, attestée notamment par des qualifications pénales, justifie en elle-même l'impossibilité de maintenir le salarié dans l'entreprise. N'est-il pas du devoir de l'employeur à l'égard de la collectivité de travail d'évincer alors immédiatement celui qui porte ainsi atteinte à la dignité des salariés. Il y a sans doute place pour des circonstances atténuantes, rares toutefois en pratique. Mais elles n'écartent pas la nécessité d'une rupture immédiate du contrat. » v. également en ce sens : ADAM P., « Harcèlement moral - Mécanisme de règlement des situations de harcèlement moral », *Rép. Droit du travail*, art. préc., n°348 ; MILET L., « Le harcèlement moral au travail », RPDS sept. 2003. 276.

[1041] FROSSARD S., « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », *Etudes offertes à J. Pélissier*, art. préc.

[1042] TEYSSIÉ B., *Droit du travail – Relations collectives*, 12e édition, LexisNexis, 2020, n°1650, p.738.

[1043] Cass. soc., 5 mars 2002, n°00-40.717, RJS 5/2002, n°528 ; confirmé par la suite : v. Cass. soc., 18 février 2014, n°112-17.557, D.2014548 ; D.2014.1115, obs. P. Lokiec et J. Porta.

[1044] ICARD J., « Méthodes de gestion et harcèlement moral », Cah. soc., déc. 2014, n°269, p.685.

[1045] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, *op. cit.*, n°831, p.1041.

réagir à un cas de harcèlement sexuel[1046] et dont le raisonnement pourrait être transposé au harcèlement moral. Lorsque la réaction est proportionnée et adéquate, les juges peuvent ainsi légitimer les sanctions mises en œuvre par l'employeur sans que ce dernier ne risque de voir ses mesures requalifiées ou jugées fautives. Il n'y a finalement que lorsque sa réaction est trop faible, assimilable à une absence de réaction, que le contractant risque d'être condamné pour avoir manqué à son devoir du même nom.

Paragraphe second : Les conséquences de l'absence de mise en œuvre du devoir de réaction

229. Annonce – Si la mise en œuvre en temps utile d'un devoir de réaction permet au contractant d'échapper non seulement à sa responsabilité mais aussi au caractère fautif des prérogatives qu'il a mises en œuvre pour réagir, son absence de réaction aboutit à des sanctions très variées (**I**). La nature extra-contractuelle de l'intérêt protégé aboutit assez logiquement à une très large palette de sanctions allant de la responsabilité délictuelle aux amendes administratives. De manière plus originale, et en miroir des lignes qui précèdent sur la légitimation de la sanction mise en œuvre par le débiteur du devoir de réaction, il s'agit de légitimer également les réponses juridiques apportées par les parties prenantes à l'encontre du débiteur du devoir de réaction (**II**).

I. Les différentes sanctions du manquement au devoir de réaction

230. L'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur du devoir de réaction – La protection d'un intérêt extérieur au contrat peut donner lieu à diverses sanctions selon que la source de l'obligation est volontaire ou contraignante. Lorsque les parties ont décidé de contractualiser une obligation dont la finalité est la protection d'un intérêt extérieur au contrat, c'est la responsabilité civile contractuelle qui doit s'appliquer. Ainsi, la contractualisation d'une norme RSE ou d'un code de conduite devrait conduire à l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1231-1 du Code civil[1047]. À condition de ne pas donner lieu à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, il en va de même pour l'obligation de sécurité de l'employeur

[1046] Cass. soc., 17 février 2021, n°19-18.149, inédit.
[1047] LAROUER M., *Les codes de conduite, sources du droit,* th. préc., n°115, p.171.

traditionnellement rattaché au contrat et source de responsabilité contractuelle[1048]. Ainsi, un salarié victime d'un harcèlement peut engager la responsabilité civile contractuelle de son employeur[1049] pour ne pas avoir réagi à la survenance d'une illicéité lui ayant causé un préjudice, qu'il s'agisse, par exemple, de faits de harcèlement ou d'un cas de coronavirus.

231. L'engagement de la responsabilité extracontractuelle du débiteur du devoir de réaction – En raison de la forte propension des obligations de ce type à être extérieures à la volonté des parties, et plus particulièrement de source légale, c'est le plus souvent l'engagement de sa responsabilité extracontractuelle que risque le débiteur du devoir de réaction. Ainsi, l'article L.225-102-5 du code de commerce, consacrant le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, dispose que le manquement aux obligations induites par le devoir de vigilance engage la responsabilité civile de son auteur dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil. La responsabilité délictuelle de l'entreprise donneuse d'ordre pourra ainsi être engagée pour absence de plan de vigilance[1050] comme pour son absence de mise en œuvre, là où se loge son devoir de réaction[1051]. Il en va de même pour la responsabilité des fournisseurs d'hébergement pour ne pas avoir réagi au contenu illicite publié par l'un de ses clients[1052] ou encore de la loi n°2020-766 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet qui a proposé d'engager la responsabilité de l'hébergeur pour absence de réaction au contenu illicite avant d'être retoquée par le Conseil constitutionnel la jugeant porter une atteinte inadaptée et disproportionnée à la liberté d'expression[1053].

232. L'engagement de la responsabilité pénale du débiteur du devoir de réaction – Dans les cas les plus graves, le débiteur du devoir de réaction peut engager sa responsabilité pénale pour ne pas avoir réagi à une illicéité. En droit du travail, l'employeur risque d'être pénalement responsable d'un manquement à son obligation de

---

[1048] PIGNARRE G., « Contrat de travail : exécution », *Rép. droit du travail*, 2021, n°29.
[1049] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, *op. cit*., n°962, p.1214.
[1050] MALECKI C., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », art. préc.
[1051] HEINICH J., « Le devoir d'anticipation du dirigeant », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, Lextenso, 2019, p.523 ; v. également en ce sens : TAP J.-B., « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », art. préc.
[1052] FÉRAL-SCHUHL Ch., *Cyberdroit 2020/2021*, *op. cit*., n°615.31, p.1320 ; not. Art. 6, I, 2 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
[1053] DREYER E., « La censure de la loi Avia par le Conseil constitutionnel », Légipresse, 2020, p.412, note sous Décision n°2020-801 DC du 18 juin 2020.

sécurité dès lors que ce défaut a conduit à un accident du travail ou à une maladie professionnelle[1054], ce qui peut tout à fait faire suite à un cas de harcèlement moral ou sexuel. De la même manière, le fournisseur d'hébergement peut engager sa responsabilité pénale : l'article 6, I, 3 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 dispose en ce sens que le fournisseur d'hébergement peut engager sa responsabilité pénale dès lors que les informations stockées à la demande de son client ont un caractère manifestement illicite.

233. Les particularités des sanctions du devoir de vigilance des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre – Enfin, l'absence de réaction du contractant dans la protection d'un intérêt supérieur au contrat peut donner lieu à des sanctions plus originales. Au-delà des amendes administratives[1055] prévues pour le manquement aux mesures préventives et d'un éventuel délit de recours au travail dissimulée[1056], le fait pour le maître d'ouvrage de n'avoir pas réagi face à une situation de travail illégal peut donner lieu au paiement des impôts, taxes et cotisation, rémunérations, charges et pénalités liés à l'emploi irrégulier ainsi qu'au remboursement d'éventuelles aides publiques perçues par l'entreprise[1057]. Lorsque le maître d'ouvrage ne réagit pas à une situation dans laquelle des salariés de l'entreprise principale font l'objet d'un hébergement collectif incompatible avec la dignité humaine, il peut être condamné à prendre à sa charge l'hébergement collectif des salariés dans des conditions respectables[1058]. Les sanctions du devoir de vigilance du maître d'ouvrage se révèlent être les sanctions les plus pragmatiques du devoir de réaction visant à protéger un intérêt supérieur. Confinant à l'exécution forcée de l'obligation, elles sont d'une efficacité redoutable et pourraient un jour servir de modèles pour sanctionner la violation du devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre dont beaucoup souligne les faiblesses.

II. L'absence de caractère fautif des réponses juridiques apportées par les parties prenantes à l'encontre du débiteur du devoir de réaction

234. Légitimation des sanctions prises par les parties prenantes à l'encontre du débiteur du devoir de réaction – La sanction de l'absence de réaction du

---

[1054] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, *op. cit.*, n°954, p.1198.
[1055] Art. L.1262-4-1, C. trav.
[1056] Art. L.8224-1, L.8224-2 et L.8224-5, C. trav.
[1057] Art. L.8222-2, 1° et 2°, C. trav.
[1058] Art. L.4231-1, L.4229-26 et R.4228-37, C. trav.

contractant tenu à une obligation protégeant un intérêt général peut ensuite intervenir par la réaction du cocontractant ou, plus largement, des parties prenantes. Ces dernières, rassemblées sous un terme volontairement englobant, désignent à la fois le cocontractant mais aussi des acteurs qui peuvent avoir un intérêt au contrat principal, comme les associés d'une société. Les parties prenantes sont incitées à réagir à la violation d'une obligation générale par l'assurance que leur moyen de réagir sera légitimé par la loi et les juges qui ne sauraient y déceler un caractère fautif. Ainsi, les parties prenantes au débiteur du devoir de réaction peuvent prendre les devants et mettre un terme à un contrat dont l'autre partie ne respecte par l'obligation poursuivant une finalité d'intérêt général. La démonstration reposera sur deux exemples : le mécanisme de la prise d'acte en droit du travail et le prononcé de la révocation du dirigeant de société. Dans certains cas, les mesures prises par les parties prenantes seront simplement légitimées tandis que dans d'autres, comme le mécanisme de la prise d'acte en droit du travail, la réaction du cocontractant face à l'inertie du débiteur du devoir de réaction va produire les effets d'une requalification. Un acte juridique (la démission) produira ainsi les effets d'un autre (licenciement sans cause réelle et sérieuse). Autrement dit, la rupture supposément fautive de l'une des parties sera requalifiée en rupture aux torts exclusifs de l'autre, en raison précisément de son absence de réaction face à l'illicite.

235. Le mécanisme de la prise d'acte en droit du travail – Le mécanisme de la prise d'acte de rupture par le salarié peut se définir comme « une décision du salarié de mettre fin à un contrat de travail à durée indéterminée en raison des fautes commises par l'employeur en cours d'exécution du contrat[1059]». Lorsqu'un salarié décide de rompre son contrat de travail à durée indéterminée par une prise d'acte de rupture, il doit démontrer le comportement fautif de son employeur. S'il n'y parvient pas, la prise d'acte produira les effets d'une démission et le salarié n'a droit à aucune indemnité[1060]. En revanche, la démonstration d'une faute suffisamment grave de la part de l'employeur permet de faire produire à la prise d'acte de rupture les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui signifie qu'il aura droit à l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement, à l'indemnité compensatrice de préavis et à

[1059] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, *op. cit*., n°408, p.530.
[1060] Cass. soc., 19 avril 2007, n°06-44.754, RDT 2008. 254, obs. S. Bernard et T. Grumbach : « Dès lors qu'il subsiste un doute sur la réalité des faits invoqués à l'encontre de son employeur par le salarié à l'appui de sa prise d'acte de la rupture, celle-ci doit produire les effets d'une démission. »

l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse[1061]. Reste à savoir si le comportement fautif de l'employeur peut consister en une violation de son obligation de sécurité à l'égard des salariés. Si tel est le cas, ce mécanisme permet de pallier le manque de réactivité de l'employeur par les initiatives personnelles du salarié qui, en prenant le risque de prendre acte de la rupture, aboutira finalement à la sanction de l'employeur pour son manquement à l'obligation de sécurité. Pendant longtemps, la Cour de cassation admettait sans problème qu'un manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur, précisément parce qu'elle est de résultat, pouvait faire produire à la prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[1062]. Depuis une série d'arrêts rendus le 26 mars 2014 toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a choisi d'abandonner les manquements justifiant par nature la prise d'acte pour adopter une approche plus circonstanciée au regard, notamment, de la possibilité ou non de poursuivre le contrat de travail[1063]. L'abandon du caractère automatique a pu laisser un temps penser qu'un manquement à l'obligation de sécurité et plus particulièrement en cas de harcèlement moral ne légitimait plus nécessairement la prise d'acte de la rupture[1064]. Il n'en reste pas moins que l'étude du contentieux laisse à penser qu'un harcèlement caractérisé légitime automatiquement la prise d'acte de rupture. Ainsi, un salarié victime de harcèlement moral placé en arrêt de travail avait pu légitimement prendre acte de la rupture en raison des manquements suffisamment graves de l'employeur ayant empêché la poursuite du contrat de travail[1065]. Deux situations peuvent toutefois révéler des exceptions : lorsque l'employeur a réagi tardivement aux faits de harcèlement mais y a tout de même mis fin, son manquement ne fait théoriquement plus obstacle à la poursuite du contrat de travail sauf à démontrer, pour le salarié, un véritable traumatisme l'empêchant de retourner sur les lieux[1066]. Enfin, la prise d'acte de la rupture ne saurait prendre les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsque, soumis désormais à une obligation de moyens, l'employeur démontre avoir pris toutes les mesures préventives et réactives nécessaires à la cessation de l'illicite. Finalement, le seul moyen d'échapper à une prise

---

[1061] DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D., *Droit du travail*, *op. cit.*, n°409, p.531.
[1062] Cass. soc., 3 février 2010, n°08-44.019, dr. soc., 2010. 472, obs. C. Radé.
[1063] GÉA F., « Prise d'acte de la rupture – Un système d'imputation de la rupture », *Rép. dr. trav.*, Dalloz, 2021, n°102.
[1064] MOULY J., « La nouvelle jurisprudence sur la prise d'acte à l'épreuve du harcèlement moral ou sexuel », Dr. soc. 2015, p.314.
[1065] Cass. soc., 11 décembre 2015, n°14-15.670, RJS 2/16, n°107 ; V. égal. Cass. soc. 8 juillet 2015, n°14-13.324 ; Nancy, 5 avril 2019, RG n° 17/2460.
[1066] ADAM P., « Harcèlement moral – Mécanismes de règlement des situations de harcèlement », *Rép. dr. trav.*, art. préc., n°435.

d'acte de rupture du salarié pour défaut de réactivité et de se montrer plus réactif que son cocontractant.

236. Le prononcé de la révocation du dirigeant de société – La mise en œuvre d'une réponse juridique destinée à sanctionner l'absence de réactivité du débiteur du devoir de réaction n'a pas nécessairement à être mise en œuvre par le cocontractant direct de ce dernier. Les parties prenantes peuvent également décider de sanctionner le contractant peu réactif dès lors qu'elles sont liées, d'une manière ou d'une autre, au débiteur du devoir de réaction. Ainsi, les actionnaires d'une société tenue au devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre ou les associés d'une société ayant choisi le label de l'entreprise à mission peuvent être amenés à contrôler l'activité contractuelle du mandataire social et lui reprocher son absence de réaction dans la protection de telle ou telle valeur qu'il a l'obligation légale de protéger ou qui a été inscrite dans les statuts. Parmi les moyens de réponse qui font l'objet d'un contrôle des juges se trouvent les mécanismes de révocation des dirigeants. Ainsi, la plupart des dirigeants de sociétés sont révocables à condition de fournir un juste motif ; certains sont révocables *ad nutum*, c'est-à-dire sans condition de justesse du motif[1067]. Dans ce dernier cas, la révocation du dirigeant peut intervenir pour absence de réaction sans risquer de revêtir un caractère abusif. Toutefois, lorsque la révocation est conditionnée à un juste motif, les associés peuvent-ils révoquer un dirigeant qui n'aurait pas réagi à la survenance d'un évènement de nature à violer le plan de vigilance ou à contrarier l'objet social ? Sans aucun doute. Le gérant de SARL, par exemple, peut être révoqué par décision des associés à condition de se prévaloir d'un juste motif[1068]. La loi n'offre aucune définition de ce qu'est un juste motif, aussi la doctrine la définit, au regard du contentieux, comme une faute suffisamment grave[1069]. Cette dernière peut être rapprochée de l'article L.223-22 du code de commerce définissant la responsabilité du gérant en raison des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, de la violation des statuts ou des fautes commises dans leur gestion. Dans nos exemples, la faute peut relever de la violation de la loi (devoir de vigilance) ou de la violation des statuts (société à mission). Ainsi, la jurisprudence admet sans problème que la méconnaissance d'une

---

[1067] Ainsi du président du conseil d'administration, du président directeur-général (L.225-55 C. com.) et des administrateurs de société anonyme (L.225-18, al.2, C. com).
[1068] L.223-25, C. com.
[1069] COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, *op. cit*., n°1624, p.627.

obligation légale puisse constituer un juste motif[1070] tout comme la violation des statuts[1071]. L'assurance, pour les associés, de pouvoir révoquer le dirigeant peu réactif favorise ainsi l'efficacité d'une obligation légale ayant pour finalité la protection d'un intérêt général. Le devoir de réaction fait comme l'objet d'un « forçage » par autre que son débiteur naturel.

[1070] V. par exemple, Cass. com., 15 janvier 2020, n°18-19.009 : BRDA 4/2020, n°6 : à propos de la méconnaissance par le gérant d'une SELARL des règles relatives à la protection d'une salariée enceinte.
[1071] V. par exemple, Paris, 27 octobre 2015, n°14/14.699 : RJDA 4/2016, n°296 : à propos d'un dirigeant s'octroyant une rémunération sans l'approbation des associés.

CONCLUSION DU CHAPITRE

237. Conclusion du chapitre – Le droit instrumentalise le devoir de réaction pour assurer l'efficacité d'obligations poursuivant un intérêt extérieur au contrat, un intérêt général. Ce dernier peut être de différents ordres : protection de l'environnement, de la dignité au travail, préservation des droits humains, lutte contre les contenus illicites sur le cyberespace. Cette fonction sociale du devoir de réaction puise d'abord sa source dans le contrat, lorsque les parties se sont soumises à de telles obligations. La grande diversité des objets de contractualisation des normes protégeant un intérêt général empêche d'en offrir une théorie monolithique mais n'en révèle pas moins la présence d'un devoir de réaction tendu vers la réalisation de l'intérêt général déterminé. En revanche, lorsque les obligations sont non-voulues par les parties, c'est-à-dire qu'elles sont imposées par une source extérieure au contrat, leurs fonctionnements reposent sur un régime similaire dans lequel il est possible d'identifier le devoir de réaction comme une condition essentielle d'exécution de l'obligation plus générale. Ainsi, de nombreuses obligations légales protégeant un intérêt général reposent sur le même régime dont nous avons proposé une théorie unitaire. Reposant sur des obligations de moyens, elles imposent au contractant des mesures préventives qui, parfois insuffisantes à empêcher le risque, se couplent à un véritable devoir de réaction à même d'exécuter l'obligation légale et d'éviter l'engagement de la responsabilité civile du débiteur. Il est ainsi possible de soutenir que l'exécution de l'obligation légale peut être démontrée grâce à deux conditions cumulatives : d'une part, les mesures préventives, d'autre part, le devoir de réaction. Ici, l'analyse comportementale du droit nous offre des outils scientifiques précieux pour apprécier l'efficacité de telles obligations et en améliorer le régime à travers la promotion d'une information optimale du débiteur du devoir de réaction. En toute hypothèse, il s'agit d'imposer au contractant une réaction en temps utile par le devoir d'user d'un droit subjectif de nature à protéger l'intérêt général déterminé. Les conséquences de sa bonne ou mauvaise mise en œuvre sont multiples. D'une part, recherchant avant tout l'efficacité, les conséquences de la bonne mise en œuvre du devoir de réaction reposent sur un mécanisme d'incitation-récompense : non seulement son débiteur n'engage pas sa responsabilité s'il démontre avoir réagi en temps utile, mais les droits subjectifs utilisés pour l'exécution de l'obligation sont légitimés par le juge et la loi qui n'y voient et ne sauraient y voir un caractère fautif. D'autre part, les

conséquences de l'inexécution du devoir de réaction dépassent celles étudiées dans le chapitre précédent. La protection d'un intérêt extérieur au contrat permet d'arrimer le manquement au devoir de réaction à des sanctions plus fortes. À la très classique responsabilité civile peuvent s'ajouter des sanctions pénales ou administratives. Ensuite, le droit légitime la réaction des parties prenantes face à l'absence de réactivité du débiteur de l'obligation protégeant un intérêt général en refusant d'y voir un caractère fautif : ainsi de la prise d'acte de rupture en droit du travail ou de la révocation du dirigeant de société.

CONCLUSION DU TITRE

238. Conclusion titre – L'efficacité, critère téléologique sur lequel nous avons fait reposer la distinction entre ses deux applications, a permis de révéler deux grandes catégories de devoirs de réaction. Le premier est propre à la sphère contractuelle et vise à assurer l'efficacité du contrat. Il s'agit là de la fonction utilitariste du devoir de réaction. Il permet d'imposer au contractant titulaire d'un droit subjectif de mettre en œuvre ses droits subjectifs face à une perturbation de l'ordre contractuel. Fondé principalement par la bonne foi et ses avatars, le devoir de réaction peut imposer au contractant de réagir pour assurer l'efficacité du contrat en empruntant deux voies différentes qui se rejoignent dans l'effet utile de l'opération : pour la préservation de son propre intérêt ou de celui du cocontractant. Dans le premier cas, il impose au contractant d'user d'un droit subjectif en temps utile sous peine d'être déchu de s'en prévaloir ou d'engager sa responsabilité. Dans le second cas, il impose au contractant d'user d'un droit subjectif en temps utile dès lors que cet usage permet d'éviter un préjudice à son cocontractant sous peine d'engager sa responsabilité civile. Il peut également voir ses droits limités lorsqu'il n'a pas réagi à l'aggravation de la dette de son débiteur ou qu'il n'a pas minimisé son propre dommage. Le second devoir de réaction sort, au contraire, du simple cadre contractuel pour assurer l'efficacité d'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général. Il s'agit là de la fonction sociale du devoir de réaction, intimement liée à celle du contrat. Le devoir de réaction est alors instrumentalisé par les parties, lorsqu'elles choisissent de se soumettre à une obligation poursuivant une finalité d'intérêt général, mais surtout par la loi qui multiplie les obligations légales s'imposant à certains contractants en raison de leur activité particulière. Certaines de ces obligations légales ont pour condition d'exécution l'exercice d'un devoir de réaction. Son non-respect, au-delà des sanctions civiles classiques, peut entrainer l'engagement de la responsabilité pénale ou l'imposition d'amendes administratives.

CONCLUSION DE LA PARTIE

239. Conclusion partie – Reconnaître le devoir de réaction reflète les fruits d'une recherche en deux temps. Reconnaître le devoir de réaction au singulier tout d'abord, supposait d'effectuer un travail d'observation et d'illustration destiné à en recenser les principales manifestations dans les domaines les plus variés du droit des contrats pour en démontrer l'existence. Ces manifestations offraient des éléments suffisamment récurrents et systématiques pour permettre l'élaboration d'une définition unitaire et autonome du devoir de réaction ainsi proposée : le devoir de réaction se définit comme l'exigence faite au contractant de réagir en temps utile face à toute perturbation de l'ordre contractuel par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif. Reconnaître les devoirs de réaction, au pluriel cette fois-ci, supposait de tirer les conséquences de la définition unitaire pour admettre l'existence de deux grands devoirs de réaction et en proposer une classification selon leurs finalités, sous lesquelles se dessinerait des fondements et des régimes propres. Ainsi, en tant qu'outil d'efficacité, les devoir de réaction ont été distingués en fonction de la destination de ladite efficacité. D'une part, le devoir de réaction peut *poursuivre l'efficacité du contrat*. Qu'il impose au titulaire du droit subjectif une réactivité dont il est directement le bénéficiaire (il a le devoir de réagir pour préserver son propre intérêt) ou que cette dernière bénéficie à autrui (il a le devoir de réagir pour protéger l'intérêt du cocontractant), ces deux chemins de l'intérêt convergent vers l'effet utile du contrat. Ses fondements sont principalement internes au contrat et résident dans l'exigence de bonne foi et ses avatars ; ses sanctions alternent entre la restriction du droit subjectif et l'engagement de la responsabilité civile du contractant. Il s'agit là de la fonction utilitariste du devoir de réaction. D'autre part, le devoir de réaction peut poursuivre un intérêt supérieur au contrat, lorsqu'il *assure l'efficacité d'une obligation légale dont la finalité est la protection de l'intérêt général*. Il puise ses fondements, le plus souvent, dans une source extérieure au contrat. Il est alors instrumentalisé par les contractants, le juge et la loi pour tendre vers cette finalité. Ses sanctions, au-delà de l'engagement de la responsabilité civile du contractant peu réactif, peuvent prendre des formes plus originales ou tendre vers des sanctions pénales et administratives. Il s'agit là de la fonction sociale du devoir de réaction. À la lumière de l'étude, l'efficacité contractuelle et l'efficacité sociale du contrat sont les deux faces d'une même médaille sur laquelle le droit va s'appuyer pour fonder le devoir de réaction. Toutefois, si la notion de devoir de réaction, par de nombreux aspects, parait souhaitable,

elle n’en recèle pas moins des effets pervers que le droit s’efforce de limiter, ce qui suppose d’achever la construction du devoir de réaction autour de limites raisonnables.

SECONDE PARTIE : LES LIMITES DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT

240. L'efficacité du devoir de réaction n'est pas sans danger – Défini comme le devoir d'apporter une réponse, une réaction, en temps utile par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif, le devoir de réaction du contractant, nous l'avons vu, est un puissant outil dont le droit se saisit pour poursuivre diverses finalités dont la fluidité économique, l'efficacité et la justice sociale se sont révélés être les avatars principaux. L'essor du devoir de réaction et ses prodigieuses applications ne doivent cependant pas occulter le risque de certaines dérives. Poussé à l'extrême, il menace directement la liberté d'exercice des droits subjectifs des contractants, peut saper le rôle de l'institution de la prescription extinctive, induit une pression temporelle de chaque instant, accompagnée d'un risque de précipitation, d'intolérance et de brutalité dans son exercice, ou offre la possibilité pour le débiteur défaillant de s'en tirer à bon compte. C'est la raison pour laquelle le droit s'efforce de lui offrir un cadre légal et contractuel au sein duquel il érige des limites de nature à préserver ses effets désirables et chasser ses inconvénients.

241. Les limites apportées par le droit – À la question des limites du devoir de réaction, la seconde partie de cette étude souhaite apporter une réponse en deux temps. Le premier élément de réponse, se voulant technique et positif, vise à offrir une description minutieuse de l'encadrement que permet l'état actuel du droit (**titre premier**) en insistant notamment sur la contractualisation du devoir de réaction ainsi que sur sa mise en œuvre. Dans un second temps, il ne s'agira plus seulement d'encadrer, mais de décrire des limites plus fondamentales au devoir de réaction permettant de lui enlever tout caractère absolu. À cet égard, nous tenterons de relativiser le devoir de réaction (**titre second)** : il n'est pas hégémonique, et ne doit pas le devenir. Le droit en limite la portée.

Chapitre premier : L'encadrement du devoir de réaction du contractant

Chapitre second : La relativisation du devoir de réaction du contractant

TITRE PREMIER : L'ENCADREMENT DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT

242. La nécessité d'un encadrement plutôt que d'une stigmatisation du devoir de réaction – La première partie de cette étude a tenté de décrire à la fois l'essor et la diversité des formes que peut prendre le devoir de réaction tout en soulignant la nécessité de lui reconnaître certaines limites. Plus précisément, ces limites prennent d'abord la forme d'un encadrement. Le choix sémantique du terme « encadrement » souhaite faire transparaitre l'idée selon laquelle le droit laisse, de manière générale, libre cours au devoir de réaction tout en le soumettant à des limites qui, sans lui être particulières, constituent de solides garde-fous. Ces dernières découlent naturellement de la définition du devoir de réaction, imposant au contractant d'apporter une réponse en temps utile par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif. De ces trois éléments que sont le droit subjectif, le temps et la manière, découleront à la fois la force et les limites du devoir de réaction.

243. Un encadrement en amont et en aval du devoir de réaction – Les limites du devoir de réaction sont à rechercher dans sa genèse et dans son exécution. La première série de limites se retrouve ainsi dans les possibilités d'exiger d'autrui un devoir de réaction par une clause contractuelle. L'essor et la diversité de ce type de clause soulèvent la question de savoir jusqu'où peuvent aller, en pratique, les contractants et poussent à s'interroger sur l'encadrement des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction au contractant (**chapitre premier**). La deuxième série de limites qu'oppose le droit au devoir de réaction se concentre dans le contrôle de la mise en œuvre de ce dernier (**chapitre second**) face auquel le débiteur doit faire preuve de mesure et respecter, lorsqu'elles existent, des exigences formelles. Autrement dit, il ne doit pas se contenter de réagir, mais aussi réagir convenablement, dans les formes.

Chapitre premier : L'encadrement contractuel du devoir de réaction du contractant
Chapitre second : L'encadrement de la mise en œuvre du devoir de réaction du contractant

CHAPITRE PREMIER : L'ENCADREMENT DE LA CONTRACTUALISATION DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT

244. L'essor de la contractualisation du devoir de réaction – Les premières grandes limites que rencontre le devoir de réaction recoupent celles classiquement opposées à la liberté contractuelle. Le devoir de réaction, bien qu'il soit principalement issu de sources légales ou jurisprudentielles, peut parfaitement trouver sa source dans la volonté des parties. Ces dernières peuvent, en effet, décider d'organiser leur réactivité en stipulant des clauses allant en ce sens. Il s'agit, dès lors, de rechercher les limites à la source de la réactivité c'est-à-dire dans la possibilité, pour les contractants, d'exiger une réaction de leur part sous peine de sanction. Si la possibilité de stipuler une telle clause ne doit pas être inutilement refrénée tant elle constitue un outil d'efficacité économique et juridique, elle n'est pas et ne doit pas être sans limites.

245. Une étude du régime des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction au contractant - Une clause contractuelle imposant un devoir de réaction peut prendre plusieurs formes. Sa définition, d'évidence, diffère peu de celle, plus générale, du devoir de réaction[1072]. Il s'agit d'une clause par laquelle un contractant s'engage à apporter une réponse en temps utile, consistant en la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif sans laquelle il s'expose à des sanctions de différente nature. En se fondant sur la classification retenue dans la première partie de l'étude, la clause contractuelle peut, d'une part, obliger une partie à se prévaloir d'un droit subjectif sous peine de perdre ledit droit ou un autre mentionné par la clause. Il s'agira, par exemple, de stipuler un délai raisonnable auquel sera arrimé l'exercice d'un droit dont le contractant se verra privé à l'expiration du délai fixé s'il n'a pas réagi convenablement. La clause contractuelle peut, d'autre part, imposer au contractant de se prévaloir de telle ou telle prérogative dès lors qu'une circonstance particulière se présente. L'on pense, par exemple, aux clauses de minimisation du dommage ou de renégociation. Leur importance pratique non-négligeable nous conduit à en proposer le régime le plus complet sans les noyer dans les devoirs de réaction de source légale ou jurisprudentielle. Pour y parvenir, nous nous intéresserons d'abord à la validité des clauses contractuelles ayant pour effet

[1072] V. *Supra*, n°110, : le devoir de réaction peut se définir comme l'exigence faite au contractant de réagir en temps utile face à toute perturbation de l'ordre contractuel par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif.

d'imposer un devoir de réaction au contractant (**section première**) en insistant sur leurs différences et leurs caractères particuliers, avant de s'interroger, ensuite, sur les sources d'invalidité de ces mêmes clauses à travers lesquelles se révèleront les grandes limites qu'appose le droit aux frontières de leur essor (**section seconde**).

Section première : La validité des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction au contractant

246. Les clauses de réaction – La diversité des clauses contractuelles dont l'un des effets est d'imposer un devoir de réaction empêche d'affirmer qu'elles peuvent être rassemblées sous une seule et même clause nommée. En revanche, il est tout à fait possible d'avancer que de telles clauses peuvent être rangées dans une catégorie particulière que, pour les besoins de l'étude, nous baptiserons « clause de réaction ». Ces clauses de réaction désignent toutes celles qui ont pour effet direct ou indirect d'imposer un devoir de réaction au contractant, entendu comme le devoir d'apporter une réponse en temps utile par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif.

247. La légitimité des clauses imposant un devoir de réaction – Sans l'ériger en clause nommée, l'étude a pour ambition de rassembler les clauses qui partagent l'effet de faire peser un véritable devoir de réaction sur l'une des parties. L'essor de telles clauses ne doit pas être inutilement entravé. En effet, leur attractivité repose sur le besoin d'efficacité : d'un côté, elles offrent une garantie de célérité et de diligence au cocontractant dans sa gestion du contrat, permettant ainsi la fluidification des relations d'affaires. D'un autre, elle permet une certaine moralisation du contrat tantôt en paralysant les comportements opportunistes tantôt en favorisant les comportements coopératifs[1073]. En même temps, de telles clauses assurent la sécurité du débiteur en attirant son attention sur les conséquences de son inertie, en donnant un sens à son silence et, en définitive, en le protégeant contre lui-même[1074]. Si leur dangerosité ne doit pas conduire à admettre trop largement ses ramifications, le développement des clauses de réaction est, de manière générale, souhaitable.

248. Annonce – C'est la raison pour laquelle nous avons choisi d'adopter une classification des clauses contractuelles admises selon l'objectif de la réaction exigée du contractant qui se calquera principalement sur la dichotomie adoptée dans la première partie de cette étude. La clause contractuelle peut tout d'abord être destinée à rendre impossible, pour le cocontractant, l'usage d'un droit subjectif qu'il n'aurait pas mis en œuvre en temps utile (**paragraphe premier**). L'on retrouvera, dès

---

[1073] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.
[1074] DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, th. préc., n°65 et 66, pp. 71-72.

lors, l'imposition d'un devoir de réaction destiné à assurer l'efficacité du contrat par la préservation de ses propres intérêts[1075]. Ce sont, en effet, les clauses les plus problématiques et qui, par conséquent, appellent les plus longs développements. Plus communément, des clauses contractuelles peuvent également imposer la mise en œuvre d'un droit subjectif en temps utile dans l'intérêt direct du cocontractant dont les sanctions peuvent prendre diverses formes (**paragraphe second**) correspondant au devoir de réaction protégeant l'intérêt du cocontractant ou un d'un intérêt plus général[1076].

Paragraphe premier : Les clauses contractuelles imposant un devoir de réaction dont l'effet est de déchoir le contractant de son droit

249. Position du problème – Un délai, dès lors qu'il a pour fonction de sanctionner l'inertie du contractant, fonde le devoir de réaction[1077]. Les clauses contractuelles peuvent ainsi imposer un devoir de réaction par la contractualisation d'un délai à l'issue duquel le débiteur se trouvera dans l'impossibilité d'exercer son droit ou l'action en justice qui lui est attaché. Leur utilité pratique est indéniable : elles permettent aux parties d'insuffler une réactivité particulièrement intense à leur relation contractuelle par la suppression des délais excessifs et des coûts inutiles, ainsi que de couper court à certains comportements opportunistes. Cependant, de telles clauses sont extrêmement diverses, si bien qu'elles semblent impossibles à distinguer : clause de forclusion, de déchéance, de réclamation, contractualisant un délai légal ou contractualisant un délai tout court. Pourtant, cette distinction existe non seulement dans l'esprit de la doctrine[1078], mais aussi dans celui du législateur. En témoigne, celle qu'il a opéré dans les ordonnances adoptées pendant la crise sanitaire des années 2020-2021 entre les délais prévus « par la loi ou le règlement[1079] », qui pouvait bénéficier d'une prorogation, et les autres, auxquels peuvent se rattacher les délais contractualisés, qui en étaient exclus. Que l'on considère qu'ils doivent en bénéficier ou non[1080], force est de constater que les délais sont divers et que leur régime est varié.

[1075] Sur cette finalité du devoir de réaction : v. *Supra*, n°116 et s.
[1076] Sur cette finalité du devoir de réaction : v. *Supra*, n°157 et s. (pour l'intérêt du cocontractant) et n°188 et s (pour l'intérêt général).
[1077] V. *Supra*, n°132 et s.
[1078] V. *Infra*, n°259.
[1079] Art. 2, Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.
[1080] DESHAYES O., « La prorogation des délais en période de Covid-19 : quels effets sur les contrats ? », D.2020, p.831 : l'auteur imagine les deux situations : la première considère qu'un délai contractualisé n'est

250. Problématique principale : ordonner la diversité des clauses aux contours difficiles à distinguer - La pratique n'a cessé, au fil des ans, de multiplier les clauses enfermant l'exercice d'un droit ou d'une prérogative dans un délai raisonnable sous peine, pour l'une des parties, d'en être déchue, privée ou d'être réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. De telles clauses ont trouvé leur terreau naturel dans les contrats commerciaux et le monde des affaires avec, par exemple, la clause aménageant la procédure de vérification de la marchandise en imposant un bref délai accompagné d'une déchéance[1081], avant de s'emparer de certains contrats d'intermédiation, avec la multiplication des clauses de déchéance en matière assurantielle[1082] ou bancaire[1083]. Le droit commun des obligations a toutefois été très tôt confronté à des problématiques liées aux clauses de déchéance et la réforme du 10 février 2016 a ouvert de nombreuses possibilités pratiques d'instaurer des délais contractuels de déchéance comme en témoigne l'occurrence du standard du délai raisonnable[1084] ouvrant la possibilité aux parties d'aménager le *quantum* de temps qui leur conviendra. La relative absence de textes d'ordre public incite également les parties à un aménagement conventionnel qui devrait favoriser l'essor de clauses de réaction comme celles soumettant la révision pour imprévision à une mise en œuvre enserrée dans un délai. Plus encore, la procéduralisation des sanctions de l'inexécution appelle les parties à déterminer, en amont, les délais qu'ils estiment raisonnables en cas d'inexécution. En droit du commerce international par exemple, certains modèles de contrats proposent de soumettre la force majeure à une notification préalable dans les meilleurs délais sous peine de déchéance[1085]. Il s'agit, de manière générale, de fondre le droit substantiel (qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire) de l'autre partie dans une exigence temporelle qui se révèle être d'une importance

---

pas prescrit par la loi ou le règlement, et qu'il est possible d'en déduire que le délai n'est pas affecté par l'ordonnance ; la seconde défend l'idée selon laquelle une clause aménageant un délai prévu légalement pouvait en bénéficier en considérant que seul le *quantum* avait été aménagé.

[1081] TESTU F.-X., *Dalloz référence Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010, v. ch. 53 : « Clauses de prescription et de forclusion », Dalloz, n°53.16 ; NOBLOT C., « Les clauses de dénonciation des défauts et vices apparents dans la vente », Contrats, conc., consom., 2013, form. n°9.

[1082] Art. L.113-2, Code Ass. : « Lorsqu'elle est prévue par une clause du contrat, la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévus au 3° et 4° ci-dessus ne peut être opposée à l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice. »

[1083] ROUTIER R., MIGNOT M., LASSERRE-CAPDEVILLE J., STORCK M., ERESEO N., KOVAR J.-PH., *Droit bancaire*, 2ème éd., Dalloz, 2019, n°1601, p.734.

[1084] ROUVIÈRE F., « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *in Le nouveau discours contractuel,* art. préc.

[1085] KENFACK H., « Leçons de la pandémie de Covid-19 : la systématisation des clauses de force majeure et d'assurance perte d'exploitation », D.2020, p.2185

déterminante. À la manière du devoir de révélation de l'arbitre qui se fond dans celui de réaction en matière arbitrale[1086], la légitimité d'une prétention sera étudiée par le juge ou l'arbitre seulement après avoir vérifié que celle-ci s'est faite en temps utile. Le devoir de réaction prend alors une place prépondérante, qui peut sembler surabondante dans la mesure où il s'agit, classiquement, du rôle dévolu à la prescription. En effet, les mécanismes contractuels de déchéance ne viennent-ils pas « couper l'herbe sous le pied à la prescription[1087]» ? L'encadrement de ces clauses par un régime clair est fondamental puisqu'une grande insécurité règne en pratique tant il est difficile de distinguer une clause de prescription d'une clause de forclusion quand celle-ci ne se confond pas avec une clause de réclamation.

251. Annonce – La diversité des clauses qui aboutissent à cet effet nécessite un travail de classification et d'analyse. La première étape de notre raisonnement consistera tout d'abord à distinguer le plus nettement possible entre les clauses destinées à abréger le délai pour agir (clauses de forclusion) (**I**) et les clauses imposant un devoir de réaction par l'institution d'une déchéance autres que les clauses de forclusion (**II**) tout en se prononçant sur leur validité, pour enfin révéler les caractères qu'elles partagent en commun (**III**).

I. Les clauses imposant un devoir de réaction par l'abrègement du délai pour agir : les clauses de forclusion

252. Annonce – Si, historiquement, la prescription est la cause principale de l'extinction des droits pour inaction, elle se voit concurrencer, en pratique, par l'essor des clauses destinées à porter atteinte au délai pour agir du contractant. Il s'agit des clauses de forclusion dont la validité a été réaffirmée par les juges (**A**) sans qu'il soit aisé de les distinguer de celles destinées à abréger la prescription, ni de celles visant à contractualiser un délai raisonnable (auxquelles les clauses de forclusions peuvent s'assimiler) (**B**) ou encore de celles destinées à déchoir le contractant d'un droit subjectif substantiel qui pourrait sembler un moyen confortable de contourner les exigences légales attachées à la première catégorie de ces clauses. C'est la raison pour laquelle nous

[1086] CLAY Th., « Tecnimont, saison 5 : la dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction », art. préc.
[1087] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.

proposerons un essai de clarification destiné à cerner avec davantage de précision le cadre qu'érige le droit pour tenter de trouver un juste équilibre entre la nécessité pratique de ces clauses et leur dangerosité pour le débiteur. Cette validité de principe des clauses nous permettra ensuite d'en dresser le régime (**C**).

A. La validité de principe des clauses destinées à abréger le délai pour agir

253. La possibilité de réduire le délai de prescription : la validité des clauses abréviatives de prescription – Aménager contractuellement des délais semble toujours avoir été admis. Les clauses abréviatives de prescription ont, de longue date, été validées par la Cour de cassation[1088]. Une telle règle se justifie par l'idée que la prescription est avant tout une institution d'intérêt général inhérente à l'ordre social visant à régler promptement les litiges, d'autant plus lorsqu'elle peut profiter au débiteur[1089]. Jamais remise en question, cette position a été codifiée par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 qui est venue insérer l'article 2254 du Code civil dont le premier alinéa dispose que « la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans ». Les parties peuvent tout à fait modifier le délai légal de prescription à l'exception, notamment, des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur[1090] et des contrats d'assurance[1091].

254. L'impossibilité de modifier un délai légal et préfix de forclusion – L'affirmation précédente mérite quelques nuances. Tout d'abord, la prescription ne peut être réduite conventionnellement en deçà d'un délai d'un an. Ensuite, la grande liberté offerte aux parties en matière de délais légaux de prescription est contrebalancée par l'interdiction de s'accommoder d'un délai de forclusion légal préfix. La réforme de 2008 a opéré une nette distinction dans le Code civil entre les délais de forclusion et de prescription en excluant les premiers des règles régissant les secondes. L'article 2220 du Code civil dispose en ce sens que « les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre ». Les forclusions légales sont, en

---

[1088] Civ., 4 décembre 1895, S.1896, 1, 113, note Lyon-Caen, DP 1896, I, p.241, note Sarrut.
[1089] BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA J.-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018, p.659.
[1090] Art. L.218-1, C. cons.
[1091] Art. L.114-3, C. ass.

effet, d'ordre public et les parties ne sauraient les aménager contractuellement. Au-delà d'une application stricte de l'article 2220 du Code civil[1092], une telle solution est parfois inscrite explicitement comme en témoigne le délai de forclusion en matière de responsabilité des constructeurs dont on peut trouver trace à l'article 1792-5 du Code civil. La jurisprudence semble également emprunter cette voie puisqu'elle a jugé, à propos d'une recherche relative à l'indemnité due par un indivisaire, que rien n'interdisait aux parties de déroger conventionnellement à la prescription quinquennale dès lors que celle-ci ne s'apparentait pas à « un délai préfix[1093]».

255. Autrement dit, tout délai légal préfixé qualifié de délai de forclusion ne pourrait, semble-t-il, faire l'objet d'une modification contractuelle à la baisse[1094]. Prenons l'exemple de l'action interrogatoire en matière de confirmation de nullité du nouvel article 1183 du Code civil qui autorise une partie à demander par écrit à l'autre si elle entend se prévaloir d'une nullité ou de la confirmer pendant un délai de 6 mois à l'issue duquel elle sera réputée l'avoir fait et que le texte qualifie de forclusion[1095]. En suivant le raisonnement des lignes qui précèdent, ce délai ne devrait pas pouvoir être abaissé par l'une des parties. La logique du législateur peut se comprendre : il s'agit d'un délai jugé impératif dont le laps de temps représente un équilibre objectif entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. L'indisponibilité d'un tel délai de forclusion se reflète également dans le choix opportun qu'a parfois le législateur d'adosser le délai au standard du raisonnable. Ce dernier, contrairement au délai préfix qui se distingue par sa rigidité, est un appel du législateur à la liberté contractuelle des parties pour déterminer quel doit être le délai raisonnable. Dans ces cas-là, le choix du législateur est clair de ne pas en faire un délai d'ordre public en incitant les parties à le modeler.

256. *A contrario*, la fixation d'un délai souligne la volonté du législateur de le rendre indisponible. La qualification de prescription ou de forclusion peut donc avoir

---

[1092] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *op. cit*., v. prescription, p.636. ; v. également en ce sens : LOKIEC V., « délai » in. Rép. droit civil, déc. 2019, n°69 citant : RAPPORT BLESSIG fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n°847, p.31.
[1093] Cass. civ. 1ère, 4 octobre 2005, n°03-19459, Bull. civ. I, n°358.
[1094] *Contra* : TESTU F.-X., *Dalloz référence Contrats d'affaires*, *op. cit*., n°53.16 : « La question de savoir si on ne peut pas, en revanche, raccourcir conventionnellement un délai préfix se pose sous un jour différent. Fondamentalement, le délai préfix est un délai de déchéance, et le législateur a voulu de manière très impérative que l'acte visé ne puisse pas être accompli au-delà d'un certain délai. On ne voit pas ce qui interdirait d'abréger encore le délai de déchéance, par convention » : nous pensons, au contraire, qu'un délai préfixé par le législateur signifie qu'il a entendu fixer un délai minimum pour accomplir un acte.
[1095] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n°556, p.630.

des conséquences pratiques considérables, notamment lorsque le texte ne mentionne pas la nature du délai. Pour citer un exemple, les chambres civiles de la Cour de cassation sont tombées en désaccord sur la nature du délai de deux ans[1096] de l'article 1648 du Code civil concernant l'action de l'acheteur résultant des vices rédhibitoires. La première considère qu'il s'agit d'un délai de prescription[1097], tandis que la seconde pense qu'il s'agit d'un délai de forclusion[1098]. Au-delà d'autres considérations pratiques que nous avons évoquées dans la première partie de cette étude[1099], la qualification de la nature du délai emportera nécessairement des conséquences quant à sa contractualisation. S'il s'agit d'un délai de prescription, les parties peuvent tout à fait l'abaisser à une seule année. En revanche, en considérant qu'il s'agit d'un délai de forclusion, les juges décident de rendre impossible sa contractualisation puisque le délai est préfixé dans le libellé de la loi, révélant ainsi son caractère d'ordre public. Cela reviendrait à dire que les parties peuvent tout à fait convenir d'un délai de dénonciation des vices apparents, mais ne sauraient modifier celui correspondant aux vices cachés. Toutefois, le projet de réforme du droit des contrats spéciaux devrait résoudre le problème puisque son article 1648 considère non seulement qu'il s'agit d'un délai de prescription de deux ans, mais aussi que « toute clause contraire est réputée non écrite » ce qui peut s'interpréter comme une impossibilité d'abaisser conventionnellement le délai[1100]. À titre de comparaison, la CVIM, sur le fondement de son article 6, admet parfaitement que soit modulés non seulement le délai de dénonciation d'un vice apparent,[1101] mais aussi celui de deux ans enserrant la dénonciation des vices cachés[1102] qui, rappelons-le, n'est pas considéré comme un délai

---

[1096] À la suite de la loi n°2005-136 du 17 février 2005, le législateur avait transformé le « bref délai » de l'art. 1648 du Code civil en un délai de deux ans sans préciser sa nature.
[1097] Cass. civ. 1ère, 20 octobre 2021, 20 octobre 2021, n°20-15.270, F-D.
[1098] Cass. civ. 3ème, 5 janvier 2022, n°20-22.670.
[1099] V. *Supra*, n°31.
[1100] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de réforme des contrats spéciaux*, *textes sur le contrat de vente,* 2022, art. 1648 : « L'action résultant des vices se prescrit par deux ans. […] Toute clause contraire est réputée non écrite. »
[1101] NATIONS UNIES, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2016, Nations Unies, p.38, décision : Rechtbank Arnhem, Pays-Bas, 11 février 2009 : « une juridiction a admis, par exemple, que les parties peuvent déroger à la règle du délai « raisonnable » de dénonciation énoncée au paragraphe 1 de l'article 39 en déclarant, par exemple, que la dénonciation doit intervenir « dans les cinq jours ouvrables à compter de la livraison ».
[1102] NATIONS UNIES, *loc. cit.,* Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, France, 2002, sentence n°11333 : « un tribunal arbitral a déclaré que les parties peuvent déroger à la règle du délai de deux ans fixés au paragraphe 2 de l'article 39 ».

pour agir par la Cour de cassation, mais comme un délai de dénonciation[1103] expliquant ainsi la tolérance dont elle fait preuve en matière de commerce international.

257. Enfin, l'interdiction d'abaisser le délai de déchéance ou de forclusion peut être directement mentionnée dans la loi, comme en témoigne l'article L.113-2 du code des assurances fixant un délai plancher à la déclaration tardive de sinistre qui ne peut être inférieur à cinq jours et dont toute clause contraire se verrait paralysée, comme une affaire en a témoigné[1104]. Par un raisonnement *a contrario*, tous les délais dans lequel le délai n'est pas préfix tels que les délais « raisonnables » ou les « temps utiles » sont à ranger dans la catégorie des forclusions qu'il est possible d'aménager contractuellement, et qui échappent au régime rigide de l'ordre public en la matière. Pour ne citer qu'un seul exemple, les clauses aménageant le délai d'action en récusation de l'arbitre doivent leur validité au libellé de l'article 1466 du code de procédure civile qui dispose que la partie qui « s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir », invitant ainsi les parties à s'approprier et à définir ledit temps utile. Les clauses ayant pour effet d'instituer un devoir de réaction ne peuvent donc pas découler d'un texte fixant un délai préfix d'ordre public, mais se déploient en l'absence de celui-ci. Il devient, dès lors, tout à fait possible de stipuler des clauses de forclusion.

258. La validité des clauses de forclusion – La liberté contractuelle recouvre ainsi son empire dès lors qu'il ne s'agit ni d'un délai de prescription ni d'un délai de forclusion préfix et d'ordre public[1105]. Le 26 janvier 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue non seulement valider la stipulation des clauses de forclusion, mais aussi offrir une définition en énonçant que « la clause qui fixe

---

[1103] Cass. com., 3 février 2009, n°08-10678, D.2009.2907, note C. Witz. ; v. également en ce sens : RACINE J.-B., « *Délais et CVIM de 1980 »,* Revue des contrats, 01/10/2009 n°4, p.159, note sous Cass. Com., 16 septembre 2008 et 3 février 2009.

[1104] NOGUÉRO D., « Clause contredisant le délai minimal légal pour la déclaration de sinistre et paralysie de la clause de déchéance », RDI 2021 p.364, note sous Civ. 2e, 21 janvier 2021, n°19-13.347, P ; D.2021.892, note B. Beigner et S. Ben Hadj Yahia ; D.2021. AJ.133, JCE E 2021.88 ; D. actu 4 février 2021, obs. R. Bigot et A. Cayol ; Gaz. Pal., 9 février 2021, n°6, 395v1, p.36, obs. C. Berlaud ; RGDA février 2021, 1118f8, p.20, note S. Bros ; LEDA mars 2021, 113g7, p.2, obs. P.-G. Marty ; RCA 2021, Étude 5, par F. Leduc ; D.2021.892, note B. Beigner et S. Ben Hadj Yahia.

[1105] NOBLOT C., « La clause enfermant l'exercice d'un droit dans un délai à peine de forclusion », CCC, n°1, janv. 2020, form. 1.

un terme au droit d'agir du créancier institue un délai de forclusion[1106]». Cette consécration est davantage une réaffirmation[1107] de la validité de principe des clauses de forclusion puisque la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, silencieuse à ce sujet, avait laissé penser une partie de la doctrine qu'une telle pratique était désormais prohibée[1108]. Par cet arrêt, les juges esquissent le régime de la clause forclusion en lui attribuant le critère suivant : est une clause de forclusion celle qui a pour objet d'instituer un terme au droit d'agir. Il est donc tout à fait possible pour les parties d'imposer un devoir de réaction au cocontractant *via* une clause de forclusion. Toutefois, le critère retenu par les juges adossé à leur interprétation libérale n'a pas manqué de soulever quelques objections doctrinales.

259. Les critiques entourant les forclusions conventionnelles et leur critère du délai pour agir – Dans le sillon de leur consécration, des voix se sont élevées pour critiquer à la fois l'interprétation des juges et le critère qu'ils ont retenu. L'interprétation d'abord. Au-delà du caractère « discutable au regard du contournement bien commode du régime d'ordre public des clauses de prescription qu'elles permettent par la seule grâce de la volonté des parties[1109]», il est pour le moins critiquable qu'un doute sur la nature d'une clause ayant pour objet de réduire le délai pour agir soit automatiquement requalifiée en clause de forclusion[1110]. En effet, la logique aurait voulu que le juge fasse le choix de qualification la moins drastique. Peut-être se justifie-t-elle désormais par le nouvel article 1190 du Code civil imposant, en cas de doute, une interprétation en faveur du débiteur dans les contrats de gré à gré. Le critère, ensuite. Retenir celui du « délai pour agir » n'a pas manqué de surprendre la doctrine qui a souligné son caractère insatisfaisant. Comme le Professeur Balat le remarquait, « l'extinction de l'action en justice n'est manifestement pas l'apanage de la forclusion, mais concerne aussi la prescription[1111]», témoignant de l'inscription de la question dans

---

[1106] Com., 26 janvier 2016, n°14-23.285, P IV, n°12, RTD civ. 2016.368, obs. H. Barbier, JCP E n°16-17 1243, obs. N. Balat, D. 2016.1955, obs. P. Crocq, D.2016.682, note J. François.

[1107] Cass. civ. 2e, 14 octobre 1987, n°86-13.059, Bull. civ. II, n°195, RTD civ. 1988.753, obs. J. Mestre ; v. également, après la réforme de 2005 : BARBIER H., « Stratégie contractuelle : comment limiter son obligation dans le temps ? Essai de « clause shopping », note sous com. 15 octobre 2013, n°12-21.704, RTD civ. 2014, p.120.

[1108] BALAT N., « Validité des clauses de forclusion », JCP E n°16-17, 21 avril 2016, 1243, note sous com., 26 janvier 2016, n°14-23.285.

[1109] BARBIER H., « Lorsqu'une stipulation, qualifiée de clause de forclusion, déjoue les mécanismes interruptifs de prescription » RTD civ. 2016.368, note sous com. 26 janvier 2016, n°14-23.285.

[1110] CAYROL N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, n°385 et s.

[1111] BALAT N., « Validité des clauses de forclusion », art. préc.. ; v. déjà en ce sens : THÉRY Ph., « Clause de réclamation ou convention sur la prescription : poids des mots ou verbalisme ? », RTD civ. 2014.705, note sous com., 15 octobre 2013, n°12-21.704.

le débat plus large de la différence entre la prescription et la forclusion. Le critère du délai fixant un terme au droit d'agir mériterait quelques éclaircissements tant elle semble pouvoir offrir aux parties la possibilité de couper l'herbe sous le pied de la prescription, pourtant impérative. Par exemple, des commerçants pourraient tout à fait stipuler une clause de forclusion pour échapper au délai de deux ans de l'article 1648 du Code civil dont on ne sait toujours pas s'il s'agit d'un délai de prescription ou de forclusion. En considérant qu'il s'agit d'une prescription, une forclusion conventionnelle pourrait contourner l'ordre public qui la régit tandis que considérer qu'il s'agit d'un délai de forclusion, dans la mesure où celui-ci est préfix (le *quantum* d'une forclusion, fixé par la loi, interdit de l'abaisser[1112]), empêcherait les parties d'y déroger. Faudrait-il alors, pour assurer la sécurité juridique du vendeur, considérer qu'il s'agit d'un délai de prescription pour qu'il puisse y déroger par une clause de forclusion alors que, dans le même temps, ces mêmes vendeurs réclament en pratique la qualification de délai de forclusion, considéré comme plus protecteur[1113], quand même bien celui-ci ne pourrait faire l'objet d'aucune modification[1114]? La distinction mériterait un critère plus net de la part des juges. Il n'en reste pas moins, malgré les critiques qui touchent davantage à ses critères de distinction qu'à son principe même, que les forclusions conventionnelles demeurent valables permettant ainsi aux parties d'exiger de leur cocontractant un devoir de réaction sous peine de déchéance. Elles ouvrent la porte à un contournement aisé du caractère impératif de la prescription puisque, comme nous le verrons[1115], il suffit de « changer la nature » du délai pour agir pour y échapper, offrant ainsi au devoir de réaction et ses avatars (forclusions conventionnelles et clauses de déchéance notamment) le statut d'un redoutable concurrent, et les armes d'un véritable conquérant.

260. Les clauses de forclusion découlent du domaine du délai pour agir tout en le transformant – Quant à la question des fondements, les clauses de forclusion semblent tirer leur force de plusieurs sources. Tout naturellement d'abord, c'est le principe de liberté contractuelle qui offre aux parties la possibilité de stipuler des clauses visant à réduire ou augmenter les délais dans lesquels sont enfermés leurs

---

[1112] V. *Supra*, n°254.
[1113] LAMAZEROLLES E., « Pour une redéfinition des obligations et devoirs de l'acheteur sur le modèle du droit de la vente internationale », *in* GANTSCHNIG D., KASSOUL H. (dir), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, *op. cit*., p.143.
[1114] L'avant-projet de réforme des contrats spéciaux règle la question en considérant qu'il s'agit d'un délai de prescription et qu'aucune clause contraire ne peut être stipulée contre elle : v. not. *Supra*, n°31.
[1115] V. *Infra*, n°260.

droits[1116]. Plus particulièrement, c'est sur le fondement de la force obligatoire du contrat de l'ancien article 1134 alinéa second du Code civil, devenu 1103, que les juges autorisent les clauses de forclusion[1117]. Quant à la justification de leur validité, les clauses de forclusion changent la nature du délai, contrairement à la clause de prescription qui abrège le délai sans en modifier la nature[1118]. C'est-à-dire qu'il ne s'agit plus, dans l'esprit des contractants, d'assurer un objectif de sécurité juridique en conformant la situation de droit à une situation de fait, mais « d'accélérer le cours du temps en posant un obstacle temporel à l'issue duquel le silence du créancier vaudrait nécessairement renonciation à agir en justice[1119]». Autrement dit, il ne s'agit pas de changer les effets du délai, mais de transformer sa nature, d'insuffler un esprit de sanction sur un délai afin d'imposer un certain comportement à l'autre partie. En effet, la forclusion est traditionnellement analysée comme la sanction de l'absence de diligence, de réaction d'une des parties[1120]. C'est ce qui explique, peut-être, qu'elle puisse ainsi contourner la règle de l'impossibilité de réduire le délai de prescription en dessous d'un an, ouvrant ainsi la voie à une mise en concurrence des délais aux conséquences pratiques considérables puisque la détermination de leur nature, dès lors que celle-ci traduit une volonté de sanction, permet de déjouer les mécanismes de la prescription et octroie aux parties une liberté considérable dans l'élaboration du rythme juridique de leur relation. C'est aussi ce qui explique, sans aucun doute, qu'une clause de forclusion puisse fonder un devoir de réaction puisqu'il s'agit désormais de sanctionner l'inertie du cocontractant en soumettant l'exercice de son droit subjectif à un comportement enserré dans un délai, ici pour agir, là pour d'autres raisons.

B. La question de la nature des clauses destinées à aménager un délai raisonnable

261. Validité de principe des clauses visant à aménager un délai légal non-fixé (ou clause aménageant un délai raisonnable) – Il a souvent été écrit que l'utilisation du standard du raisonnable était un moyen déguisé pour le législateur de

---

[1116] FRANÇOIS J., « Clause de prescription, forclusion conventionnelle et cautionnement », D.2016, p.682.
[1117] NOBLOT C., « La clause enfermant l'exercice d'un droit dans un délai à peine de forclusion » art. préc.
[1118] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires de droit privé interne*, *op. cit.*, v° réclamation, p.714.
[1119] CROCQ P., « Le droit de la prescription ne s'applique pas à une limitation temporelle des effets du cautionnement », note ss. com., 15 octobre 2013, n°12-21-04., RTD civ. 2014, p.155.
[1120] V. *Supra*, n°136.

déléguer une partie de son pouvoir aux juges[1121]. Néanmoins, force est de constater que les magistrats ne sont pas les seuls à le recevoir, puisque le standard profite également aux parties *via* la libre contractualisation de celui-ci. Grâce à elle, les parties peuvent avoir le dernier mot à propos du caractère raisonnable d'un délai. Ainsi, de nombreux délais légaux ne sont pas préfixes dans le sens où aucun laps de temps quantifiable n'a été prédéterminé par le législateur[1122]. L'on pense alors au « temps utile » de l'article 1466 du code de procédure civile ou au « délai raisonnable » de l'article 1158 du Code civil, qui ont en commun d'être des délais pouvant conduire à la déchéance du droit subjectif auquel ils sont attachés, soit parce qu'ils restreignent un délai pour agir soit parce qu'ils instaurent un délai de déchéance extrajudiciaire. Ils sont, tous deux, générateurs d'un devoir de réaction : l'aménagement du délai raisonnable qui le fonde ne fait aucun doute[1123]. Toutefois, leur qualification soulève quelques interrogations aux conséquences pratiques importantes.

262. Les clauses aménageant un délai raisonnable doivent-elles recevoir automatiquement la qualification de clause de forclusion ? – Les contractants, incités par le législateur à la contractualisation, s'accordent sur le délai qui doit être raisonnable pour se prévaloir de tel ou tel droit. S'agit-il d'une clause destinée à abréger le délai pour agir, c'est-à-dire une clause de forclusion ? S'agit-il, au contraire, d'une déchéance *sui generis* comme une clause de réclamation ? Doit-on adopter une approche automatique, ou bien au cas par cas ? L'enjeu est de taille puisque nous verrons que des différences de régime existent entre les qualifications[1124]. Passons en revue quelques arguments en faveur des deux hypothèses.

263. Première hypothèse : les clauses aménageant un délai raisonnable doivent être automatiquement qualifiées de clauses de forclusion – Tout d'abord, lorsqu'un délai raisonnable est adossé à l'exercice d'un droit subjectif, il ne saurait recevoir la qualification de délai de prescription puisque cette dernière, selon notre

---

[1121] KHAIRALLAH G., « Le « raisonnable » en droit privé français – Développements récents », RTD Civ. 1984, p.445. : « On pourrait se réjouir de cette nouvelle avancée du doute, ou la déplorer. En usant du « raisonnable », le législateur édicte délibérément des « normes vagues » abandonnant au juge le soin de les préciser »
[1122] V. *Supra*, n°138.
[1123] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant », art. préc. : voir, en l'espèce, la clause qui avait contractualisé le délai raisonnable de l'article 1466 du code de procédure civile par l'insertion du règlement de la chambre arbitrale dans le contrat.
[1124] V. *Infra*, n°272.

conception, doit toujours, en principe, être fixée. Une fois la reine des délais éliminée, rejaillit sur la clause aménageant un délai raisonnable la problématique, plus large, du critère permettant de différencier un délai de forclusion d'un délai de déchéance. À se ranger derrière les différentes définitions doctrinales, la forclusion est une technique visant à sanctionner la passivité d'un contractant dont les textes imposant l'exercice d'une prérogative dans un délai raisonnable ne sont pas tout à fait étrangers. Le Professeur Xavier Lagarde proposait en ce sens de définir la forclusion comme un mécanisme qui conditionne l'existence d'un droit substantiel à l'exercice, dans un délai déterminé, d'une initiative de son titulaire[1125]. En retenant une telle définition de la forclusion, que semblent partager de nombreux auteurs, l'on constate que n'importe quelle clause aménageant un délai raisonnable pourrait, sans difficulté, s'assimiler à une forclusion classique. Cette identité d'objectif est corroborée par la tendance qu'ont les juges à requalifier automatiquement toute clause destinée à abréger le délai pour agir en forclusion conventionnelle, laissant penser que cette dernière constitue la catégorie par défaut d'un délai conventionnel[1126]. L'on pourrait, dès lors, penser que toute contractualisation du standard d'un délai légal non fixé s'analyse comme une forclusion conventionnelle, que celle-ci porte d'évidence sur un délai pour agir comme l'obligation de soulever une irrégularité du tribunal arbitral en temps utile de l'article 1466 du code de procédure civile[1127] ou non[1128]. Du point de vue de l'harmonie et de la sécurité juridique, l'assimilation est séduisante tant elle permettrait d'apporter de la clarté dans un contentieux qui en a tant besoin. D'un point de vue théorique en revanche, il est difficile de considérer que la contractualisation d'un délai, fût-il prévu légalement, relève de l'abréviation du délai pour agir comme en témoigne ceux prévus dans le domaine des actions interrogatoires dont le caractère extrajudiciaire se révèle à travers l'exigence faite

---

[1125] LAGARDE X., « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », art. préc. ; d'autres auteurs proposent des définitions similaires : ROUVIÈRE F., « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », art. préc.

[1126] CAYROL N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, th. préc., n°385.

[1127] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.

[1128] HELLERINGER G., *Les clauses du contrat – essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012, n°76, p.31 : L'auteur rapproche les clauses de prescription et les clauses de réclamation en énonçant qu'elles ont toutes deux pour effet de limiter le délai pour agir – nous pensons toutefois que les clauses de réclamation limitent indirectement le délai pour agir en se concentrant principalement sur un acte extrajudiciaire à accomplir. Dans ce dernier cas, le régime de la clause diffère de celle destinée à moduler le délai pour agir ; *contra* BARBIER H., « Où le trop court délai de mise en œuvre d'une garantie est rendu inopposable à son bénéficiaire », RTD Civ., 2020. 619., note sous Paris, 14 janvier 2020, n°18/16858 : l'auteur distingue les « délais pour agir en justice » des « délais de mise en œuvre contractuelle du droit accordé au bénéficiaire ».

au contractant, non pas d'intenter une action, mais d'adopter un certain comportement sous peine de déchéance.

264. Seconde hypothèse : l'impossibilité, au regard de la définition proposée par le droit positif, de considérer automatiquement les clauses aménageant un délai raisonnable en clause de forclusion – En se cachant derrière le critère du « délai pour agir » retenu par les juges, la qualification de forclusion se heurte à certains délais légaux standardisés dont le caractère est « purement extrajudiciaire[1129]». Prenons par exemple l'article 1183 du Code civil qui fixe un délai de six mois pour se prévaloir d'une cause de nullité « à peine de forclusion ». Par analogie, doit-on considérer que les délais, qu'il est possible de contractualiser, des deux autres actions interrogatoires instaurées en 2016[1130] sont des forclusions conventionnelles ? Que penser des clauses de déchéance de garantie pour déclaration tardive ? De telles délais ne touchent pas directement au délai pour agir, mais imposent des actes matériels, des charges, destinés à pouvoir agir. Nous verrons, dans les lignes qui suivent, que les deux types de clauses ont, certes, des effets communs, mais se distinguent dans leurs effets et règles d'interprétation. Peut-être vaudrait-il mieux adopter une analyse au cas par cas, en analysant la nature du délai raisonnable en cause pour déterminer s'il s'agit, ou non, d'un délai pour agir et faire rejaillir le caractère sur la clause qui l'aménage. Le délai raisonnable de l'article 1466 du code de procédure civile en est un, celui de l'article 1158 du Code civil n'en est pas un. C'est la solution théorique la plus satisfaisante au regard de la définition de la forclusion proposée par les hauts magistrats. Une telle solution a, cependant, pour inconvénient de porter atteinte à la sécurité juridique des contractants et d'empêcher l'élaboration d'un régime clair et étanche. Que l'on retienne la première ou la seconde hypothèse, les clauses destinées à aménager un délai raisonnable sont, par principe, valables. Elles permettent d'imposer un devoir de réaction au contractant dans le sens où le délai raisonnable (qu'il touche au délai pour agir ou non) a pour fonction de sanctionner l'absence de réaction du contractant en infligeant une déchéance à son droit subjectif.

C. Les caractères propres aux clauses destinées à abréger le délai pour agir

[1129] MAYER L., « Défense des « actions interrogatoires » introduites par la réforme du droit des contrats », Gaz. pal., 29 nov. 2016, n°42, p.47.
[1130] Art. 1123 C. civ. et Art. 1158 C. civ.

265. La clause abrégeant le délai pour agir survit à l'anéantissement du contrat principal - La rétroactivité de la sanction de la résolution du contrat empêchait jadis le créancier d'une clause de s'en prévaloir dès lors que la résolution était prononcée. Seules certaines clauses, comme la clause compromissoire ou la clause de détermination de loi applicable, survivaient à l'anéantissement pour des raisons évidentes de procédure[1131]. Toutefois, avec l'essor des clauses visant à encadrer la relation post-contractuelle ou à aménager les sanctions, de plus en plus de clauses ont semblé éligibles à cette survie. Encouragés par une doctrine pragmatique, juge et législateur sont venus étendre le mécanisme de survie à des clauses de fond. La réforme du 10 février 2016 est venue insérer l'article 1230 du Code civil qui dispose que « la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution […] ». Les clauses destinées à abréger le délai pour agir doivent être analysées, selon les hauts magistrats, comme des clauses de forclusion[1132]. Ces dernières, en ce qu'elles touchent directement au délai d'action, ont nécessairement un caractère procédural qu'elles ne partagent pas forcément avec les clauses instituant une déchéance d'un droit subjectif substantiel qui ne touchent pas au délai pour agir. Ce caractère procédural a incidemment des conséquences quant à la question de la survie de la clause à l'anéantissement du contrat principal. Les forclusions conventionnelles doivent pouvoir survivre à l'anéantissement d'un contrat résolu ou résilié en ce qu'elles aménagent le règlement des différends en abrégeant le délai pour agir. Ainsi, le créancier d'un contrat résolu devrait pouvoir opposer au débiteur non seulement le délai de forclusion, mais également la non-applicabilité des causes de suspension. C'est en substance ce qu'il est possible de déduire d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 octobre 2013[1133] qui, en choisissant d'appliquer la forclusion conventionnelle malgré la résiliation du contrat principal, en a admis la survie. Ainsi, le devoir de réaction découlant d'une forclusion conventionnelle survit à l'anéantissement du contrat principal. En va-t-il de même pour celui instauré une clause de déchéance qui ne touche pas au délai pour agir ?

266. La clause qui ne reçoit pas la qualification de forclusion conventionnelle ne survit pas à l'anéantissement du contrat principal - En revanche,

---

[1131] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations,* n°824, p.886.
[1132] Cass. com., 26 janvier 2016, n°14-23.285, P IV, n°12, RTD civ. 2016.368, obs. H. Barbier, JCP E n°16-17 1243, obs. N. Balat, D. 2016.1955, obs. P. Crocq, D.2016.682, note J. François.
[1133] Cass. com., 15 octobre 2013, n°12-21.704, D.2013.2460, RTD Civ. 2014. 120, obs. H. Barbier.

les clauses qui n'abrègent pas un délai pour agir sont-elles susceptibles de produire effet même en cas de résolution ? Si la jurisprudence ne s'est pas clairement prononcée sur cette question, nous pensons pouvoir apporter quelques éléments de réponse. Tout d'abord, une clause de réclamation ou de déchéance n'a pas pour objet d'aménager la période post-contractuelle pas plus qu'elle ne semble y être destinée[1134]. Ensuite, même si certaines clauses indemnitaires, que l'on pourrait considérer comme des clauses de fond, ont pu recevoir le bénéfice de la survie comme les clauses limitatives de responsabilité[1135] ou les clauses pénales[1136], les clauses de déchéance ne devraient pas pouvoir survivre à la résolution dans la mesure où elles n'ont pas pour objet d'aménager la responsabilité, mais d'opérer une procéduralisation des comportements contractuels. Preuve en est, la Cour de cassation a affirmé que la résolution unilatérale du contrat permet d'échapper aux clauses régissant les modalités de rupture du contrat en cas de résolution[1137], c'est-à-dire qu'une clause qui imposerait la mise en œuvre dans un délai raisonnable d'une sanction au créancier ne pourrait plus être soulevée par le débiteur et ne survivrait pas au contrat dès lors que la résolution est prononcée. Le devoir de réaction ainsi imposé sombrerait avec le contrat.

267. Les caractères traditionnels de la forclusion s'appliquent aux clauses de réaction abrégeant le délai pour agir – La Cour de cassation, nous l'avons vu, considère que toutes les clauses qui instaurent une limite au délai pour agir sont considérées comme des clauses de forclusion. Par conséquent, le régime de la forclusion s'applique aux forclusions conventionnelles. Ainsi, ces dernières trouvent leur traduction procédurale dans la sanction de fin de non-recevoir. Une fois l'action forclose, le moyen et l'action ne peuvent plus être soulevés. Ensuite, conformément à l'exclusion que professe l'article 2220 du Code civil selon laquelle les délais de forclusion ne peuvent se voir appliquer les dispositions relatives à la suspension de la prescription[1138], les forclusions conventionnelles n'en sont pas plus susceptibles de suspension. Enfin, l'unique point qui diffère du régime légal de la forclusion réside dans le relevé d'office des juges d'une forclusion. Si le juge peut, classiquement, relever d'office un délai légal

---

[1134] PICOD Y., « Nullité », in. *Rép. droit civil*, Dalloz, 2019, n°32.
[1135] Com., 7 février 2018, n°16-20.353, D.2018.537, note D. Mazeaud, D2019.279, obs. M. Mekki, RTD civ. 2018.401, obs. H. Barbier.
[1136] Com., 22 mars 2011, n°09-16.660, RDC 2011/3 926, obs. E. Savaux.
[1137] Cass. civ. 3ème, 8 février 2018, n°16-24.641, RTD civ. 2018. 404, obs. H. Barbier.
[1138] GUINCHARD S., CHANAIS C., FERRAND F. et MAYER L., *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, *op. cit*., n°233, p.202.

de forclusion, il n'en va pas de même pour les forclusions conventionnelles qui, par la contractualisation, ont perdu leur caractère d'ordre public[1139]. La clause instituant un devoir de réaction en touchant au délai pour agir n'emporte pas les mêmes conséquences que celle qui imposerait un devoir de réaction sans toucher au délai pour agir.

II. Les clauses imposant un devoir de réaction par l'institution d'une déchéance autre qu'une forclusion : des clauses *sui generis*

268. Annonce – Si les clauses destinées à abréger le délai pour agir sont d'une nature particulière, de nombreuses clauses semblent échapper non seulement à leur définition, mais aussi à leur régime. Elles permettent, cependant, et de la même manière, d'imposer un devoir de réaction à l'une des parties en exigeant d'elle de réagir pour jouir de son droit subjectif substantiel. Ces clauses innommées, que l'on retrouve parfois sous le vocable de clauses de déchéance, de réclamation, de non-engagement ou encore d'option, créent des normes comportementales extrajudiciaires destinées à être sanctionnées par la déchéance du droit auquel elles sont attachées sans pouvoir réellement les rattacher à un délai légal préfix. Les clauses contractualisant un délai raisonnable pourraient leur être rattachées dès lors que l'on considère qu'elles ne sont pas des forclusions conventionnelles[1140]. Enfin, il peut s'agir des causes de déchéances crées de toute pièce par les parties, *ex nihilo* : une partie décide de soumettre l'exercice d'un droit subjectif du cocontractant au respect d'un délai sans que cette exigence ne relève forcément de la loi. Si de telles clauses sont *a priori* valides (**A**), ces dernières ont des caractères qui diffèrent des clauses de forclusion (**B**) à travers lesquels le devoir de réaction qu'elles induisent trouve quelques limites.

A. La validité de principe des clauses de réaction destinées à instituer une déchéance autre qu'une forclusion

269. La variété des clauses ne portant pas sur un délai pour agir pouvant aboutir à la création d'un devoir de réaction et à la déchéance d'un droit – De la validité de principe des clauses pouvant conduire à la déchéance d'un droit sous la forme des clauses de forclusion, de nombreuses clauses similaires ont émergé en pratique

[1139] V. *Infra*, n°278.
[1140] V. *Supra*, n°261 et s.

dont les distinctions sont malaisées. À côté des clauses abréviatives de prescription (qui ne créent pas un devoir de réaction à proprement parler sauf si elles sont automatiquement requalifiées en délai préfix[1141]) et des clauses de forclusion, il est possible de mentionner une myriade de clauses dont les effets se rapprochent, voire sont identiques, mais dont la terminologie diffère. Contrairement à leurs homologues, celles-ci trouvent leur source de validité dans le fait qu'elles ne sont pas destinées à porter atteinte au délai pour agir du contractant, mais simplement à créer des normes comportementales attachées à l'exercice d'un droit subjectif substantiel dans le cadre de la relation contractuelle. Elles rejoignent le devoir de réaction dans sa définition puisqu'il s'agit de répondre par la mise en œuvre *appropriée* d'un droit subjectif, c'est-à-dire en adoptant le comportement et en accomplissant les actes de nature à permettre la bonne mise en œuvre dudit droit. Le délai qu'elles choisissent d'appliquer fondent alors le devoir de réaction. Là aussi, l'idée qui se cache derrière ces clauses est de changer la nature du délai devant non seulement s'éloigner de la prescription, mais aussi de la forclusion : il n'est ni pacificateur, ni procédural. En revanche, comme la forclusion, il vise à sanctionner l'inertie du contractant. Parmi les exemples de clauses les plus significatifs, la clause de réclamation, que l'on peut assimiler aux clauses de renonciation, peut se définir comme celle qui requiert d'une des parties qu'elle « conteste la manière dont l'autre a exécuté le contrat dans un certain délai […] à défaut de le faire, le créancier sera censé avoir donné quittance au débiteur de la bonne exécution du contrat[1142]». Tout en suivant la logique des clauses de forclusion, l'idée est d'imposer un comportement ou l'accomplissement d'un acte au contractant qui, en consentant à cette clause, se verra présumer avoir renoncé à son droit pour ne pas avoir réagi. Ces clauses de réclamation, qui s'apparentent à des clauses de forclusion, diffèrent cependant dans leur objet : il ne s'agit pas de porter atteinte au délai pour agir en justice, mais d'imposer l'adoption d'un comportement ou l'accomplissement d'un acte extrajudiciaire[1143]. Difficiles à distinguer en pratique[1144], de telles clauses aboutissent peu ou prou au même résultat puisque l'action en justice attachée au droit déchu ne pourra être exercée faute d'avoir respecté un délai. Dans la même veine, les

---

[1141] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *op. cit*., v° réclamation, p.697.
[1142] *Ibid.,* v° réclamation, p.695.
[1143] FRANÇOIS J., « Clause de prescription, forclusion conventionnelle et cautionnement », D.2016.682 ; v. également en ce sens : DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *ibid.,* v. réclamation, p.697.
[1144] Cass. civ. 3ème, 31 octobre 2001, n°99-13.004, Bull. civ. 2001, III, n°117, D. 2002.2840, obs. Ph. Delebecque : une clause de réclamation avait été, par exemple, requalifiée en clause de forclusion.

clauses de déchéance se distinguent des clauses de forclusion, mais s'identifient assez largement à la clause de réclamation. Elles permettent aux parties de « déterminer avec précision les comportements stigmatisés (l'information en matière de garantie de passif par exemple) ainsi que les droits qui seront rendus inefficaces par la déchéance[1145]». Ainsi, les juges admettent parfaitement qu'une clause de garantie de passif assortie d'une obligation d'information en temps utile des cessionnaires envers les cédants puisse être sanctionnée par la déchéance si la clause est rédigée convenablement[1146]. L'on retrouve également, à travers cette clause, l'idée précédemment évoquée d'aménager le devoir de bonne foi[1147] par la détermination de comportements précis. L'on retrouve enfin l'idée d'aménagement des prérogatives contractuelles des parties dont l'occurrence du délai raisonnable dans le titre III du livre III du Code civil invite les parties à recourir à la technique contractuelle, notamment pour les sanctions de l'inexécution. Imposer à l'une des parties un devoir de réaction dans la mise en œuvre de sa clause résolutoire par exemple, correspond à une clause de déchéance. Pour finir, il est possible de mentionner les clauses d'option qui, adossées à un délai, peuvent parfois avoir pour effet de déchoir le contractant si ce dernier ne s'est pas montré suffisamment réactif.

270. Analyse doctrinale des clauses destinées à déchoir un droit subjectif substantiel comme des clauses aménageant le silence du contractant – L'analyse la plus répandue en doctrine consiste à traduire les clauses de réclamation comme une contractualisation des effets du silence d'une des parties[1148]. Si, le principe selon lequel le silence ne saurait pas valoir acceptation a trouvé son assise légale dans le nouvel article 1120 du Code civil, rien ne semble empêcher les parties de convenir d'une clause prévoyant la solution inverse constituant ainsi une exception au principe. Le Professeur Dross remarque ainsi que « les clauses de réclamation tendent fondamentalement à conférer un sens particulier au silence conservé par les parties […] une manière d'ériger le silence circonstancié du créancier en une modalité

[1145] BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA J.-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, *op. cit*., v° clause de bonne foi, p.87 et s

[1146] MOUSSERON P., « Efficacité des clauses de déchéance dans les garanties de passif », BJS, 2011, n°06, p. 476, note sous com. 15 mars 2011, n°09.13299.

[1147] V. *Infra*, n°271.

[1148] CROCQ P., « Le droit de la prescription ne s'applique pas à une limitation temporelle des effets du cautionnement », art. préc.

d'expression de sa renonciation au droit de contester en justice l'exécution du contrat[1149]».

271. Proposition d'une analyse additionnelle fondée sur l'aménagement du devoir de réaction par le devoir de bonne foi – Dans la mesure où ces clauses sont traditionnellement analysées comme touchant au comportement du contractant et à sa sanction, nous pensons pouvoir proposer une autre piste d'analyse pour les clauses visant à imposer ou raccourcir un délai dans la relation contractuelle. Tout d'abord, nous avons vu que les clauses autorisées sont celles qui transforment la nature du délai. En transformant le délai en objet de sanction, les parties décident de sanctionner le comportement particulier qu'est la lenteur. Elles imposent alors à leur partenaire un véritable devoir de réaction. Nous avons également avancé l'idée, dans la première partie de cette étude, que de nombreux délais sont construits sur le principe de bonne foi[1150], que le devoir de réaction pour la préservation de ses propres intérêts partage à la foi le délai-sanction et le devoir de bonne foi comme fondements principaux[1151]. Ils se recoupent parfois dans leur finalité. C'est-à-dire qu'ils cristallisent en eux-mêmes le temps pendant lequel un contractant peut user d'un droit subjectif sans provoquer un préjudice à l'autre partie en raison de sa lenteur ou de son incohérence. Lorsqu'un texte de loi impose à l'une des parties d'agir dans un délai raisonnable et que ces mêmes parties décident de contractualiser le laps de temps nécessaire, ils décident, finalement, d'un délai pendant lequel les deux contractants considéreront que le comportement de l'autre sera approprié. Enfin, la sanction de la déchéance s'accommode parfaitement avec le manquement à l'exigence de bonne foi. Ainsi, il semble possible d'analyser les forclusions conventionnelles comme une forme de clause aménageant la bonne foi contractuelle. Ces dernières peuvent se définir comme ayant pour objet « d'attirer l'attention des contractants sur l'exigence de bonne foi à laquelle ceux-ci doivent se conformer dans l'exécution de leurs obligations […] en apportant des précisions

---

[1149] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *ibid.,* v. réclamation, p.713 ; v. également en ce sens HELLERINGER G., *Les clauses du contrat – essai de typologie*, th. préc., n°76 p.31 : Toutefois, alors que la clause de prescription ne modifie pas le droit du créancier à se prévaloir des causes d'interruption ou de suspension de la prescription, la clause de réclamation accorde au silence du créancier une valeur de renonciation tacite à l'action ». ; citant :Cass. 3ème civ., 31 octobre 2001, Bull. civ. III, n°117, D.2002. 2840, obs. P. Delebecque.
[1150] V. *Supra*, n°144 et s.
[1151] V. *Supra*, n°156.

expresses en ce sens[1152]». Théoriquement, les parties qui contractualiserait un délai raisonnable issu d'un texte légal, comme celui de l'article 1226 du Code civil en matière de résolution unilatérale par voie de notification, ne font qu'apposer la traduction contractuelle d'une vision partagée de ce qu'ils jugent être un comportement diligent et de bonne foi par le truchement du devoir de réaction. Ils s'accordent ainsi moins sur le délai que sur son caractère raisonnable ou utile. La nature du délai est ainsi transformée par la volonté de sanctionner le comportement de l'autre partie ; transformée en une exigence comportementale accessoire à l'obligation principale dans laquelle cette dernière va se fondre, transformée en devoir de réaction.

B. Les caractères propres aux clauses de réaction destinées à instituer une déchéance autre qu'une forclusion

272. Position du problème – Les clauses destinées à instituer une déchéance autre qu'une forclusion ont pour effet de créer un devoir de réaction. Dans la mesure où les clauses destinées à déchoir un droit subjectif substantiel ne sont pas destinées à abréger le délai pour agir et ne découle pas de l'aménagement d'un délai de déchéance légal, leur création *ex nihilo* soulève la question de savoir si le devoir de réaction qui en découle obéit à un régime similaire et s'interprète de la même manière que celui crée par les clauses de forclusions. La validité de ces clauses est tout à fait admise et il est possible de dresser l'ébauche d'un certain nombre de principes à la suite des quelques arrêts rendus à leur sujet. Quant à leur effet, il s'agit ici, plus généralement, du pouvoir de stipuler une clause imposant au contractant de se prévaloir d'un droit subjectif, ou d'accomplir tel ou tel acte extrajudiciaire de nature à permettre le plein exercice dudit droit subjectif. Le délai, fixé ou implicite, enserre le droit subjectif et le conditionne à l'exercice du devoir de réaction. La violation de ce dernier entraine, le plus souvent, la déchéance du droit. Par exemple, des contractants peuvent soumettre la procédure de révision du contrat pour imprévision à un devoir de réaction en prévoyant que la procédure doit impérativement être mise en œuvre avant l'écoulement d'un délai d'un mois après la survenance d'un changement de circonstances sous peine de ne plus pouvoir de s'en prévaloir, ou encore d'imposer un délai impératif pour se prévaloir d'un cas de force majeure. Dans les deux cas, la loi n'a pas prévu de délai ou n'impose pas de

[1152] BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA J.-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, v. clause de bonne foi, p.87 et s.

diligences particulières si ce n'est la prescription. Il ne s'agit pas d'une clause de forclusion donc son régime ne trouve pas à s'appliquer. Une clause unique dont la rédaction est fondamentale puisque c'est à travers celle-ci que s'érigeront des limites au devoir de réaction. Trois hypothèses se dessinent : la clause de réaction qui ne prévoit ni délai ni sanction ; celle qui prévoit une déchéance sans délai impératif ; et celle qui instaure un délai sans l'assortir d'une sanction.

273. La clause de réaction doit comporter un délai impératif et une sanction sans quoi elle est laissée à l'appréciation du juge – Toutes les clauses imposant un devoir de réaction sous peine de déchéance, comme les clauses de forclusion, de réclamation ou de déchéance, doivent impérativement adosser l'exercice du droit subjectif à un délai. Pour les clauses portant sur le délai pour agir, l'affirmation va de soi. L'on imagine mal une clause voulant réduire le délai d'action sans le préciser. C'est la raison pour laquelle les développements suivants ne concernent que le cas particulier des clauses destinées à créer une déchéance *ex nihilo* d'un droit subjectif substantiel. Lorsque les parties décident de soumettre l'exercice d'un droit subjectif à une réaction en temps utile, elles doivent impérativement l'adosser à un délai. Ce dernier peut être préfix ou se traduire par la présence d'un standard comme celui du « délai raisonnable » ou du « temps utile ». La présence d'un délai est fondamentale puisqu'elle va non seulement traduire l'idée d'un devoir de réaction du cocontractant, mais aussi l'appréciation de la sanction de la violation de ce dernier. L'affirmation pourrait paraitre d'une banale évidence si elle ne soulevait pas la question des conséquences de l'absence de stipulation ou de l'ambiguïté d'un délai dans une clause imposant un devoir de réaction sous peine de déchéance : la société débitrice d'une clause de garantie de passif l'avait appris à ses dépens. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une affaire du 3 mai 2018[1153], devait se prononcer sur la déchéance d'une clause de garantie de passif qui avait été stipulée au bénéfice de plusieurs sociétés. Ces dernières s'étaient prévalues de la clause plus de deux ans après la cession, à la suite d'un contrôle par l'administration des douanes. La société débitrice de la clause de garantie de passif avait alors demandé la déchéance de celle-ci sur le fondement non seulement de la bonne foi, mais également de la clause qui subordonnait la mise en jeu de la garantie à l'information, de la part du créancier, à tout évènement fiscal. Cette même clause prévoyait une période de validité

[1153] Com., 3 mai 2018, n°16-20.741.

de la garantie de passif de quatre ans, mais, et c'est à cet endroit que se concentrait le litige, ne prévoyait aucune sanction particulière ni aucun délai impératif quant à l'information du cédant. S'alignant sur les juges du fond, la chambre commerciale a considéré qu'il résultait de l'ambiguïté des termes de la clause de garantie de passif qu'aucun délai impératif d'information du cédant par le cessionnaire et que, par conséquent, aucune déchéance ne pouvait être prononcée. Le principe applicable aux clauses de réaction que nous pouvons tirer de cet arrêt est le suivant : une clause qui ne mentionne ni la sanction de la déchéance, ni ne comporte un délai impératif doit s'interpréter comme une simple clause dont la violation entraîne l'engagement de la responsabilité contractuelle du contractant et ne doit pas conduire à la déchéance du droit substantiel, *a fortiori* lorsque ce dernier porte sur la substance créance[1154].

274. L'hypothèse de la clause de réaction qui prévoit la sanction de la déchéance sans prévoir de délai impératif : **le devoir de réaction s'apprécie selon le standard du délai raisonnable** – De cette dernière affirmation découle la question suivante : que se passe-t-il lorsqu'une clause de réaction prévoit la sanction de la déchéance sans toutefois prévoir de délai impératif ? Comment apprécier le devoir de réaction qui en découle ? Dans ce cas, la déchéance doit s'apprécier selon le standard du délai raisonnable. En effet, prévoir une déchéance pour non-usage, ou mauvais usage, d'un droit subjectif suppose de savoir quel délai appliquer pour apprécier la réaction du contractant. Le juge est, alors, conduit à appliquer un délai arrimé au standard du raisonnable. Pour preuve, prenons l'exemple du juge confronté à une clause qui, par nature, instaure une déchéance à défaut de réaction, comme la clause d'option. L'absence de délai contractualisé par les parties ou imposé par une décision le conduit à soumettre l'usage de la prérogative au délai raisonnable. En témoigne l'arrêt qui, en matière de lésion, avait jugé que le choix offert à l'acheteur par l'article 1681 du Code civil en récupérant le prix payé ou le garder en payant un supplément du prix doit s'exercer dans un délai raisonnable à défaut de délai fixé par la loi, le juge ou les parties[1155]. La solution est la même en matière de promesse unilatérale ou synallagmatique qui, lorsqu'elle ne prévoit aucun délai d'option,

---

[1154] Recommandant, en ce sens, aux praticiens d'assortir l'obligation d'information mise à la charge du cessionnaire d'un délai précis : ALLAIN T., « Clauses de garantie dans les cessions de droits sociaux – Exécution de la garantie », in Rép. soc., Dalloz, 2018, n°104.
[1155] Cass. 3ème civ., 5 janvier 2022, n°20-18.918, FS-B, JCP G., 2022.231, obs. M. Mignot.

impose au bénéficiaire d'exercer son choix dans un délai raisonnable[1156]. En raisonnant par analogie, la volonté des parties de choisir la déchéance comme sanction du devoir de réaction révèle la nécessité d'un délai de réaction. En l'absence de celui-ci, les juges doivent apprécier la mise en œuvre du devoir de réaction selon le standard du délai raisonnable. Il s'agit là d'un trait particulier aux clauses instituant des devoirs de réaction qui ne portent pas atteinte au délai pour agir. En effet, lorsqu'une clause qui touche au délai pour agir prévoit, par exemple, une forclusion sans l'arrimer à un délai, nous pensons que l'action doit retomber dans le droit commun de la prescription[1157]. Quand bien même l'hypothèse serait rarissime, c'est une différence de régime qu'il convient de souligner.

275. L'hypothèse de la clause de réaction qui prévoit un délai impératif sans l'assortir d'une sanction : la violation du devoir de réaction est sanctionnée par la responsabilité contractuelle – C'est encore dans le domaine des cessions d'actifs assorties d'une clause de garantie de passif que l'on trouve des éléments pertinents pour dresser le régime des clauses instituant un devoir de réaction. Dans une affaire du 25 janvier 2017 jugée par la chambre commerciale de la Cour de cassation[1158], une garantie de passif contenait une clause visant à sanctionner le défaut d'information des cédants. Toutefois, les contractants n'avaient pas prévu, dans le libellé de la clause, de sanction particulière. À la suite de l'inexécution de l'obligation d'information de la part des cessionnaires, les cédants ont tenté d'obtenir la déchéance en se prévalant de la clause litigieuse qui, pensaient-ils, devait permettre de sanctionner le cessionnaire par la déchéance de sa garantie. Le délai, pas plus que la sanction, ne se présument lorsque la clause n'est attachée à aucun texte légal. Lorsqu'une clause ne précise pas de sanction au non-respect d'un délai, le juge doit, dès lors, interpréter la volonté des parties et, en cas de doute, favoriser le débiteur. C'est précisément ce qu'a décidé la Cour de cassation en venant fixer des limites aux clauses instituant une déchéance : « faute de prévoir une sanction pour le non-respect d'information des cédants, l'inexécution par le cessionnaire

---

[1156] HOUTCIEFF D., « Le temps qui passe efface les promesses (mêmes unilatérales) », Gaz. pal., n°14, 13 avril 2021, p.26, note sous com., 27 janvier 2021, n°18-22492.

[1157] NOGUÉRO D., « Clause contredisant le délai minimal légal pour la déclaration de sinistre et paralysie de la clause de déchéance », RDI 2021 p.364, note sous Civ. 2e, 21 janvier 2021, n°19-13.347, P : l'auteur émet l'hypothèse de l'absence de clause de déclaration tardive dans un contrat d'assurance et explique que « l'absence de celui-ci, pour une raison ou une autre, permet de prolonger le temps de déclaration permise jusqu'à la borne de la prescription extinctive. »

[1158] Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-17.137, n°15.18.246, RTD com. 2017.384, note A. Lecourt, Rev. sociétés 2017.209, note P. Pisoni.

de son obligation d'informer les cédants, dans le délai convenu, de toute réclamation, fait ou événement susceptible d'entrainer la mise en jeu de la garantie n'était pas de nature à elle seule à la priver du bénéfice de celle-ci, et ne pouvait seulement donner lieu au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice […] ». Par cet arrêt, la Cour de cassation vient apporter un élément de régime aux clauses créant des déchéances *ex nihilo* qui ne sont pas des forclusions : tout d'abord, il faut prévoir un délai – mais ce délai ne saurait suffire : il ne présume pas de la déchéance. Ensuite, il faut impérativement que la sanction de la déchéance soit prévue conventionnellement sans quoi seule la responsabilité du débiteur peut être engagée. Pour être pleinement efficaces, les clauses instituant un devoir de réaction doivent expressément stipuler que sa violation entrainera la déchéance du droit subjectif auquel il est attaché. Le devoir de réaction, du moins sous sa forme la plus drastique, est ainsi limitée par l'interprétation restrictive des juges. Lorsqu'une clause de réaction n'est pas rédigée avec suffisamment de précision, le devoir qu'elle induit trouve des limites non dans son principe mais dans ses effets, puisque le juge cherchera à atténuer les effets dévastateurs de sa sanction principale que représente la déchéance.

III. Les caractères communs aux clauses instituant des devoirs de réaction

276. Les clauses de réaction étudiées disposent d'un effet de plein droit – Légalement, les délais de forclusion et de déchéance sont très souvent rapprochés, le premier n'étant décrit que comme une espèce particulière du second[1159] qui auraient en communs leurs effets. Malgré la grande diversité des clauses instaurant des déchéances, les délais conventionnels se recoupent également dans leurs effets. Que la clause de réaction ait pour objet de porter atteinte au droit d'agir, comme les clauses de forclusion, ou simplement d'attacher un effet de déchéance à un comportement déterminé, comme les clauses de réclamation, toutes ont en commun un effet extinctif qui joue de plein droit. L'effet de plein droit est traditionnellement désigné comme un effet qui opère sans qu'une action en justice ait lieu[1160]. Le juge ne peut donc ni intervenir ni exercer son pouvoir d'appréciation lorsqu'il est placé face à un mécanisme de sanction tel quel la déchéance

[1159] V. *Supra*, n°135 et s. ; v. également en ce sens : ROUVIÈRE F., « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion » art. préc. ; BALAT N., « Forclusion et prescription », art. préc.
[1160] BÉNABENT A., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°214, p.174.

que partagent toutes les clauses étudiées[1161] : les clauses instaurant un devoir de réaction au travers de la déchéance s'appliquent de manière automatique[1162].

277. La mise en œuvre de la clause est indépendante de toute idée de préjudice – Si certaines déchéances instituées légalement imposent la démonstration d'un préjudice pour mettre en œuvre la déchéance, comme en droit des assurances[1163] ou en matière de bénéfice de la subrogation[1164], il n'est pas nécessaire de démontrer un préjudice pour mettre en œuvre une clause instituant un devoir de réaction. La condition de démonstration d'un préjudice se révèlerait inopportune puisque les mécanismes de déchéance ont précisément pour objet d'agir en amont de la réalisation du préjudice[1165]. Comme le remarquait un auteur, tout l'intérêt de la déchéance réside dans le fait de « sanctionner l'usage fautif d'un droit dès que la menace du préjudice se précise sans attendre sa réalisation effective[1166]». Dans la mesure où les forclusions et déchéances conventionnelles ont pour but d'instaurer un délai à sanctionner un comportement considéré comme nuisible par l'une des parties, le simple non-respect du délai suffit à mettre en œuvre la déchéance sans qu'il soit nécessaire de démontrer un préjudice[1167]. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que les parties décident de subordonner l'effet de déchéance de la clause à la démonstration d'un préjudice résultant de l'absence de réaction du cocontractant.

278. Les clauses instituant des déchéances ne peuvent pas être soulevées d'office par le juge – Si la majorité des caractères de la forclusion s'appliquent aux forclusions conventionnelles, certains ne devrait pas pouvoir s'appliquer en raison du caractère conventionnel de la forclusion. Si, classiquement, il est admis que la forclusion puisse être relevée d'office[1168], il ne devrait pas en aller de même pour la clause de forclusion ni pour les autres clauses qui instaurent des déchéances. En effet, dans la mesure où elles perdent, par la contractualisation, leur caractère d'ordre public, elles ne

---

[1161] TIREL M., *L'effet de plein droit*, th. préc., n°75, p.45.
[1162] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle, th. préc.,* n°498, p.512.
[1163] Art. L.113-2, 4°, C. ass.
[1164] Art. 2314, C. civ.
[1165] V. *Supra*, n°148 et s.
[1166] LE GARS A., *La déchéance des droits en droit privé français*, th. préc., n°373.
[1167] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle,* th. préc., n°498, p.512.
[1168] Cass. com., 7 juillet 1987, n°85-17.598.

devraient pas pouvoir être soulevées d'office par le juge[1169]. Le devoir de réaction qu'elles induisent dans tous les cas est donc subordonné à la bonne diligence des plaideurs.

Paragraphe second : Les clauses contractuelles destinées à engager la responsabilité du contractant pour absence de réaction

279. Favoriser les clauses contractuelles imposant un devoir de réaction envers autrui – La possibilité d'aménager le devoir de réaction du contractant par la technique contractuelle offre également des illustrations dans lesquelles l'une des parties va demander à l'autre d'exercer en temps utile un droit subjectif dans l'intérêt d'autrui, c'est-à-dire du cocontractant ou d'un intérêt plus général. La déchéance est ici inutile puisque c'est l'absence de mise en œuvre d'un droit qui va être à l'origine d'un préjudice ou de son aggravation. Les clauses de ce type sont très variées, mais n'appellent pas de long développement et ne posent pas de problématiques particulières tant la diversité de la pratique empêche d'en dresser une théorie monolithique. Tout d'abord, soulignons qu'elles comportent, en principe, moins de danger que leurs homologues précédentes dans la mesure où un droit subjectif n'est pas menacé de disparition. Elles sont, ensuite, vectrices de solidarité et de coopération, et poussent les contractants à être plus soucieux des intérêts d'autrui. De telles clauses doivent, en ce sens, être favorisées. Les clauses imposant un devoir de réaction envers autrui peuvent se diviser entre celles qui imposent directement un devoir de réaction (**I**) face à celles, beaucoup plus nombreuses, qui imposent indirectement un devoir de réaction (**II**).

I. Les clauses de réaction imposant directement un devoir de réaction au contractant

280. Des clauses marquées par une exigence de coopération particulière – Certaines clauses contractuelles imposent directement un devoir de réaction au contractant dans le sens où l'objet de la clause repose précisément sur l'utilisation en temps utile d'un droit subjectif de la part du contractant. Les clauses de renégociation, qui permettent à l'une des parties « d'exiger de l'autre la renégociation de

[1169] Art. 125, CPC : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou d'ouverture d'une voie de recours ».

leur accord à exécution successive lorsque l'équilibre économique qui existait lors de sa conclusion a disparu par suite d'un bouleversement des circonstances[1170]» imposent un véritable devoir de s'en prévaloir lorsque la relation est teintée de collaboration. Autre exemple, les clauses de minimisation du dommage sont aussi une manière de créer contractuellement un devoir de réaction à l'égard du cocontractant. Si la minimisation du dommage n'est toujours pas reconnue en droit français[1171], la validité des clauses allant en ce sens ne fait, en revanche, aucun doute[1172]. Le débiteur d'une telle clause pourra ainsi se voir reprocher de ne pas avoir fait usage des sanctions de l'inexécution de nature à pouvoir minimiser l'ampleur du préjudice. Dans ces deux exemples, les parties ont, en vertu d'une clause contractuelle, le devoir de se prévaloir d'un droit subjectif dont elles sont titulaires en temps utile (lors du changement de circonstances ou de la survenance du dommage) sous peine d'engager leur responsabilité civile.

II. Les clauses de réaction imposant indirectement un devoir de réaction au contractant

281. Des clauses diverses – D'autres clauses contractuelles imposent indirectement un devoir de réaction au contractant dans le sens où, sans être consubstantielle à l'objet de la clause, la mise en œuvre d'un droit subjectif en temps utile pourra se révéler comme l'un de ses modes d'exécution. Les clauses destinées à renforcer l'intensité des obligations en obligeant les parties à adopter un comportement particulièrement dynamique ou coopératif[1173] peuvent amener l'une des parties à se voir reprocher un manquement au devoir de réaction. Ainsi, les clauses de « *best efforts* » peuvent parfois servir de support au reproche fait au cocontractant de ne pas s'être prévalu de telle ou telle clause qui aurait permis une meilleure exécution de l'obligation. En matière de transport maritime, il avait ainsi été reproché à un transporteur de ne pas avoir mis en œuvre la *liberty clause* pourtant stipulée à son bénéfice dans le contrat, car celle-ci aurait pu éviter le dépérissement des marchandises[1174]. Dans une telle clause, le devoir

---

[1170] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *op. cit.*, v. Hardship, p.346.
[1171] V. *Supra*, n°172 et s.
[1172] BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA J.-C., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, v. clause de minimisation du dommage, p.503.
[1173] MOUSSERON P., RAYNARD J., SEUBE J.-B., *Technique contractuelle*, 5e édition, Francis Lefebvre, 2017, n°701, p. 232.
[1174] STOFFEL-MUNCK PH., « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », art. préc.

de réaction ne naît pas, il devient. Elle n'offrait, en effet, qu'une liberté au transporteur maritime de changer de port en cas d'évènement imprévisible dans le port de destination. Ce n'est qu'en raison des circonstances que la faculté s'est transformée en devoir. Les parties peuvent ainsi se reprocher de ne pas avoir réagi sur le fondement de telles clauses. Enfin, il est également possible de citer toutes les clauses renvoyant à des codes de gouvernance ou à des plans de vigilance qui imposeront, indirectement, un devoir de réaction à leur débiteur. De telles clauses sont, sans précision contraire, sanctionnées par l'engagement de la responsabilité civile du débiteur. Cependant, rien n'interdit aux parties de prévoir des sanctions plus fortes. Ainsi, il est tout à fait possible d'imaginer qu'un comportement réactif puisse faire l'objet d'une clause résolutoire.

282. Conclusion de la première section – Le droit autorise la stipulation de clauses permettant l'imposition d'un devoir de réaction au cocontractant. Ces dernières peuvent se cacher derrière diverses clauses qui ont en commun d'imposer au cocontractant l'exercice en temps utile d'un droit subjectif, ou d'un comportement en ce sens, sous peine d'être sanctionné. Seules les clauses qui ont pour effet de déchoir le contractant d'un droit pour absence de réaction présentent de réelles problématiques. Ces dernières se distinguent entre celles qui abrègent le délai pour agir et celles destinées à instituer des déchéances qui ne touchent pas au délai pour agir. Cette distinction, malaisée selon le critère de la nature du délai n'en révèle pas moins une véritable différence entre ces deux types de clauses dont les caractères particuliers portent en eux l'ébauche d'un régime à travers lequel le droit tente d'encadrer le rythme juridique choisi par les parties. D'un côté, les clauses destinées à abréger le délai pour agir, sans pouvoir toucher aux forclusions préfixes et à la prescription, tirent leur principale source de la validité de principe des forclusions conventionnelles : sur elles rejaillissent le régime de la forclusion (à l'exception du relevé d'office) et des clauses de procédures (elles survivent à l'anéantissement du contrat). D'un autre côté, les clauses destinées à instaurer des déchéances qui ne sont pas des forclusions (clauses de réclamation, d'option, de déchéance) obéissent à des règles différentes. Sans toucher au délai pour agir, elles conditionnent la jouissance d'un droit à un acte extrajudiciaire déterminité. Leur rédaction est d'une importance capitale puisque sans fixer le délai ni la sanction, les parties s'abandonnent à l'appréciation du juge qui reconnait implicitement la dangerosité de ces clauses en leur préférant la responsabilité à la déchéance. Par ailleurs, il s'agit de clauses de fond qui ne survivent pas à l'anéantissement du contrat. Entre les deux, les

clauses destinées à aménager un délai légal standardisé oscillent entre les forclusions conventionnelles et les clauses de déchéance selon la nature du délai sur lequel elles portent. Même si la qualification automatique de forclusion présente des avantages, elles ne correspondent pas à la définition jurisprudentielle de la forclusion conventionnelle et nous oblige à privilégier une approche au cas par cas. En revanche, toutes ces clauses partagent en commun deux principaux éléments de régime : l'effet automatique de la déchéance et l'absence de démonstration d'un préjudice. Elles partagent enfin, et surtout, le fait d'être la source d'un devoir de réaction qui rencontrera des limites particulières selon la qualification que reçoit la clause. Les clauses abrégeant le délai pour agir se heurtent parfois à l'ordre public qui règne en la matière ; tandis que les clauses qui créent un devoir de réaction sans porter atteinte au délai pour agir rencontrera ses limites sur le chemin de leur interprétation. Elles n'en restent pas moins valides, ce qui entraîne la question de l'invalidité des clauses de réaction.

Section seconde : Les sources d'invalidité des clauses contractuelle imposant un devoir de réaction

283. Annonce – Les clauses de réaction imposant un délai au cocontractant sous peine d'être déchu de son droit sont en principe valides, qu'elles touchent au délai pour agir ou non. Leur validité de principe a laissé apparaître un certain nombre de caractères que les juges utilisent pour refréner leur empire et adoucir leur danger. En effet, ces clauses recèlent une double menace : d'un côté, elles permettent de menacer directement le droit subjectif du débiteur qui risque de ne plus pouvoir s'en prévaloir, d'un autre côté, elles brandissent une menace temporelle coupant directement l'herbe sous le pied de la prescription puisque c'est à travers l'imposition d'un délai que le droit subjectif est menacé. Autrement dit, de telles clauses peuvent être source d'abus susceptibles de justifier l'invalidité d'une clause. Les lignes qui vont suivre ne concernent que les clauses imposant un devoir de réaction dont l'effet est de déchoir le contractant de son droit : les sources d'invalidité étudiée s'appliquent indifféremment à celles qui affectent le délai pour agir comme à celles qui instituent des déchéances *sui generis*. Les clauses imposant un devoir de réaction sous peine de déchéance trouvent leurs premières sources d'invalidité dans leur contenu. Ces sources d'invalidité peuvent se diviser en deux catégories calquées sur la définition du devoir de réaction : dans la mesure où celui-ci impose au contractant la mise en œuvre d'un droit subjectif en temps utile, une clause qui l'imposerait trouverait ses limites dans la nature du droit subjectif attaché au devoir de réaction (**paragraphe premier**) ou dans le délai imposé, en raison du déséquilibre évident qu'il peut créer par sa brièveté (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : Les sources d'invalidité des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction tenant à la nature du droit subjectif visé par la clause

284. Stipuler une clause imposant un devoir de réaction soumet le droit subjectif du contractant à une possible extinction : l'assimilation des règles de la renonciation à la réaction – Le devoir de réaction, sous sa forme conventionnelle, dispose d'un domaine considérable. En effet, les contractants, en stipulant des clauses soumettant l'exercice d'un droit subjectif à un usage en temps utile, instituent des déchéances qui rappellent des formes de renonciation conventionnelles déguisées sous l'exigence d'un comportement réactif. Or, s'il est possible aux parties de stipuler des

clauses par lesquelles elles renoncent par avance à leurs droits, il est *a fortiori* possible d'imaginer que l'exercice de ces mêmes droits peut être arrimé à une exigence comportementale particulière. Dans la mesure où la clause de réaction permet de disposer indirectement d'un droit subjectif, elle se heurte, de la même façon, à la question de la disponibilité des droits.

285. L'analyse des clauses de réaction : une assimilation à la renonciation par avance – En conséquence**,** la réaction partage avec la renonciation le même domaine, mais aussi les mêmes limites : tout droit disponible est susceptible de faire l'objet d'une clause de réaction. Ainsi, nous avons vu qu'un contractant peut parfaitement stipuler une clause lui permettant de déchoir de sa créance le cocontractant qui aurait manqué à son obligation d'information[1175]. La validité des clauses de renonciation à la résolution judiciaire[1176] est équivalente à celle qui soumet la résolution à une exigence temporelle. Encore, l'admission des clauses de non-réclamation ou de renonciation à recours[1177] relativise la dangerosité des clauses de forclusions. Le domaine de validité des clauses de réaction est extrêmement large et varié : toutefois, la bonne rédaction d'une telle clause suppose que le droit qu'elle décide de soumettre à un devoir de réaction soit disponible sous peine d'être annulée.

286. L'ordre public, limite traditionnelle de la liberté contractuelle – La grande liberté contractuelle dont jouissent les parties quant à la stipulation de clauses de réaction se heurte tout d'abord à l'ordre public. Ce dernier trouve ses assises textuelles à l'article 6 du Code civil qui proclame que les conventions particulières ne peuvent déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, et à l'article 1162 du même code qui dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public par ses stipulations, ni par son but ». Il s'agit là de la principale limite posée face au principe de liberté contractuelle que l'on peut retrouver à l'article 1102, martelant à nouveau la règle précitée. Ainsi, une clause du contrat peut être annulée dès lors qu'elle contrevient

---

[1175] Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-17.137, n°15.18.246, RTD com. 2017.384, note A. Lecourt, Rev. Sociétés 2017.209, note P. Pisoni.

[1176] LAITHIER Y.-M., « La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable », RDC n°2, avril 2012, p.402, note sous Cass. 3ème civ., 3 novembre 2011, n°10-26.203.

[1177] Pour la renonciation de l'assureur à son recours subrogatoire : KRAJESKI D., « Du mauvais usage de la clause de renonciation à recours », l'ess. droit des assurances, nov. 2015, n°10, p.2 ; ou à l'occasion d'un contrat de dépôt : KNETSCH J., « Clause de renonciation à recours et obligation essentielle du contrat de dépôt :quel avenir pour la jurisprudence Chronopost ? », RDC, sept. 2017, n°3, p.431.

manifestement à l'ordre public. Toutefois, la renonciation à un droit d'ordre public n'est pas, en principe, interdite[1178]. Une distinction doit être faite entre les règles qui découlent de l'ordre public de direction, auxquelles il est impossible de renoncer, et celles qui découlent de l'ordre public de protection, à travers lesquelles les parties disposent d'une plus grande marge de manœuvre[1179], puisqu'il devient possible de renoncer à un droit acquis[1180]. Dans les deux cas toutefois, il est impossible d'y renoncer par avance. La Cour de cassation a, de longue date et de manière constante, énoncé que « s'il est interdit de renoncer, par avance, aux règles de protection établies par une loi d'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles[1181]». Par conséquent, soumettre l'exercice d'un droit subjectif à l'écoulement d'un délai ou le conditionner à l'adoption d'un comportement également encadré par un délai de réaction revient, indirectement, à instituer par avance une déchéance[1182] qui produit les effets de la renonciation et contrevient à la règle selon laquelle il est impossible de renoncer par avance au bénéfice d'une règle d'ordre public[1183]. Il s'agit d'une renonciation, déguisée et indirecte, à un droit par le mécanisme de la réaction-déchéance. Le fait d'ajouter une condition (la réaction) à la jouissance d'un droit subjectif ne doit rien changer au fait qu'une telle clause conduirait de fait à produire les effets de la renonciation (la déchéance) au contractant peu réactif.

287. L'impossible soumission de certains droits à un devoir de réaction –Les contractants ne peuvent ainsi soumettre au devoir de réaction une règle dont le libellé indique qu'elle est d'ordre public ou que le juge a déclaré comme telle[1184]. Il s'agit là d'une source d'invalidité des clauses visant à instituer un devoir de réaction puisque les parties ne pourront pas valablement soumettre le bénéfice d'un droit considéré comme d'ordre public à un exercice en temps utile sous peine de déchéance. Même si l'hypothèse se retrouve plus fréquemment en matière consumériste et travailliste, la

---

[1178] HOUTCIEFF D., « Renonciation », *Rép. droit civil*, 2021, n°40.
[1179] RADÉ C., « L'ordre public social et la renonciation », Dr. soc. 2002, p.931.
[1180] MALAURIE PH., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°388, p.360.
[1181] Cass. 1ère civ., 17 mars 1998, n°96-13.972, Bull. civ. I, n°120, RTD civ., 1999.670, obs. J. Mestre.
[1182] DREIFUSS-NETTER F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, th. préc., n°237, p.200 et s. : pour l'auteur, l'effet extinctif de la renonciation provient de la déchéance.
[1183] Il existe toutefois des règles d'ordre public auxquelles il est impossible de renoncer, que ce soit *a priori* ou *a posteriori* : il s'agit des règles dont la renonciation est elle-même une contravention à l'ordre public (par exemple, l'impossibilité de renoncer aux actions relatives à la filiation de l'article 323 du Code civil). Il est par conséquent évident qu'aucune clause ne saurait soumettre l'action en filiation à une réaction particulière.
[1184] MALINVAUD P., BALAT N., *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit*., n°467, p. 425.

question de savoir jusqu'où peuvent aller les parties dans l'aménagement de leur réactivité mérite quelques éclaircissements. La possibilité d'aménager des déchéances dans des domaines extrêmement larges ne doit pas occulter le fait que certaines dispositions sont d'ordre public. Or, lorsqu'un texte de loi est d'ordre public, il est techniquement impossible pour les parties de modifier, aménager ou restreindre ledit droit. Stipuler une clause de réaction adossée à un droit d'ordre public, auquel les parties ne peuvent renoncer, conduirait donc à une annulation de la clause. En droit des contrats, c'est l'ordre public économique et social qui se manifeste avec le plus de force, destiné à rétablir l'équilibre entre les parties dans le domaine de l'échange des biens et des services[1185]. Citons, avant de s'intéresser à des droits plus spéciaux, ses principales manifestations en droit commun des contrats. À l'occasion de la réforme du 10 février 2016, le rapport de présentation a pris soin d'affirmer que les textes sont supplétifs sauf disposition contraire. Ainsi, « il n'en irait différemment que lorsqu'est clairement affirmée l'impossibilité de déroger par convention à la règle fixée[1186] […] ». Ainsi, les parties ne peuvent pas stipuler une clause qui écarterait le devoir général de bonne foi[1187] ou encore imposerait à l'autre partie de se prévaloir d'une cause de nullité relative en deçà d'un délai de six mois pas plus qu'ils ne pourraient conditionner l'exercice d'une action en nullité absolue à l'écoulement d'un délai de diligence[1188]. Autre exemple, l'obligation précontractuelle d'information de l'article 1112-1 du Code civil précise, en son cinquième alinéa, que « les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ». Toute clause par laquelle une partie renoncerait par avance à son bénéfice doit être déclarée nulle, tout comme une clause qui subordonnerait l'obtention de l'information à une réaction particulière du cocontractant enfermée dans un délai sous peine de ne plus pouvoir s'en prévaloir doit être considérée comme nulle.

288. L'impossibilité de soumettre certains droits à un devoir de réaction en droit spécial - Les règles qui relèvent d'un ordre public économique sont plus nombreuses en droit des contrats spéciaux[1189]. L'ordre public se manifeste principalement par l'instauration d'une protection catégorielle des parties faibles à travers

---

[1185] LEMOULAND J.-J., PIETTE G., HAUSER J., « Ordre public et bonnes mœurs », in. *Rép. droit civil*, Dalloz, 2020, n°73.
[1186] CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit*., n°95, p.85.
[1187] Art. 1104, C. civ.
[1188] Art. 1184, C. civ.
[1189] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n°37, p.43.

laquelle elle lutte contre le déséquilibre structurel des contrats auxquels elles sont parties. Un agent commercial a, par exemple, obtenu l'annulation d'une clause par laquelle il avait renoncé par avance à son droit à indemnité de cessation de contrat[1190]. L'on imagine sans peine qu'une clause qui imposerait à l'agent commercial une diligence particulière pour pouvoir réclamer son indemnité se verrait frapper de la même nullité. Dans la même veine, le preneur d'un bail rural s'était vu accorder l'annulation de la clause par laquelle il renonçait à son indemnisation[1191]. Dans le domaine de la construction, l'article 12 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 prohibe les clauses par lesquelles le sous-traitant renoncerait à son action directe contre le maître d'ouvrage. Du côté du droit d'auteur, il résulte de l'article L.121-1 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle une impossibilité de renoncer par avance au droit moral[1192]. L'article L.122-8 du même code proclame également l'indisponibilité du droit de suite. Une clause qui soumettrait l'exercice de ces droits à un délai de déchéance doit être considérée comme illicite. Naturellement, c'est en droit du travail que l'on rencontre les limitations les plus fortes[1193]. Nombreux sont les textes ayant reçu du juge ou de la loi leur caractère d'ordre public. Ainsi, l'article L.1231-4 du Code du travail, à propos des règles régissant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, dispose que « l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le présent titre ». De la même manière, la Cour de cassation a jugé que « le salarié ne pouvant pas renoncer par avance au bénéfice d'un droit qu'il tient de dispositions d'ordre public avant que ce droit ne soit né, il ne peut renoncer dans le contrat de travail à ses droits en matière de fractionnement du congé principal[1194]». En définitive, les clauses instaurant un devoir de réaction doivent être analysées, à l'aune de l'ordre public, comme similaires aux clauses de renonciation. Cela nous permet d'affirmer que la pratique de telles clauses doit être considérée comme disposant indirectement de certains droits par leur soumission à un délai de réaction. La sanction de la déchéance conduit, *in fine*, à instaurer une possibilité d'extinction d'un droit dont les parties n'avaient, par avance, pas la libre disposition.

[1190] Cass. com., 21 octobre 2014, n°13-18.370, Bull. civ. IV, n°151.
[1191] Cass. 3ème civ., 13 septembre 2018, n°17-10.492.
[1192] VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e édition, Précis, Dalloz, 2019, n°593, P.590.
[1193] CARSIN X., *La renonciation en droit du travail*, Thèse, Dactyl., Paris I, 2006, pp.73-170.
[1194] VÉRICEL M., « Fractionnement des congés payés : le salarié ne peut pas renoncer au bénéfice d'un droit qu'il tient de dispositions d'ordre public », Rev. droit du travail, 2021, p.525, note sous Cass. soc., 5 mai 2021, n°20-14.390. ; v. également la règle selon laquelle le contrat de travail ne peut être modifié qu'avec l'accord exprès du salarié, lequel ne peut résulter de son silence ou de la poursuite par lui du contrat de travail : Cass. soc., 16 octobre 2019, n°17-18.443.

289. Quelques nuances à apporter à l'impossibilité de stipuler des clauses indirectes de renonciation face à l'impérativité d'un texte – La règle selon laquelle un texte d'ordre public ne peut recevoir aucun aménagement conventionnel destiné à obtenir le renoncement par avance du titulaire du droit connaît toutefois quelques atteintes de nature à relativiser les propos tenus dans les lignes qui précèdent. En témoigne le contentieux contractuel né sous le devoir des époux de contribution aux charges du mariage qu'ils tiennent de l'article 214 du Code civil. Un tel devoir, dispose l'article 1388 du Code civil[1195], est d'ordre public et ne peut faire l'objet d'aucune dérogation. En pratique, toutefois, se sont multipliées les clauses destinées à aménager un tel devoir dépassant très largement la seule exécution de celui-ci : les clauses de présomption irréfragable de contribution et les clauses de non-recours. La validité des premières a été réaffirmée avec force dans un arrêt très remarqué du 18 novembre 2020[1196] par lequel les hauts magistrats ont fait prévaloir la force obligatoire du contrat sur le caractère impératif du devoir de contribution aux charges du mariage, en entérinant une clause qui neutralise tout débat quant à l'existence d'une contribution déséquilibrée de l'un ou l'autre époux et conduit, indirectement, à lui faire renoncer par avance au droit qu'il tenait de l'article 214 du Code civil. Plus proche du devoir de réaction, la Cour de cassation a, la même année, semblé admettre la validité des clauses de non-recours en la matière[1197]. La renonciation au droit d'agir en justice qu'elle induit face au caractère impératif du devoir de contribution aux charges du mariage n'a pas empêché la Cour d'affirmer que « la clause litigieuse ne fait pas obstacle, pendant la durée du mariage, au droit de l'un d'eux d'agir en justice pour contraindre l'autre à remplir, pour l'avenir, son obligation de contribuer aux charges du mariage ». Admettre l'efficacité d'une telle clause pour les recours rétrospectifs est, pourtant, une atteinte directe à l'ordre public matrimonial[1198] puisque les époux renoncent à la sanction de l'inexécution de la

---

[1195] L'article 226 du Code civil rappelle également le caractère d'ordre public du régime primaire impératif.
[1196] Cass. 1ère civ., 18 novembre 2020, n°19-15.353, AJ fam. 2021. 193, obs. J. Casey; D.2021. 825, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; Dr. fam., 2020, comm.6, note S. Torricelli-Chrifi: « […] un époux ne peut, au soutien d'une demande de créance, être admis à prouver l'insuffisance de la participation de son conjoint aux charges du mariage pas plus que l'excès de sa propre contribution. »
[1197] Cass. 1ère civ., 13 mai 2020, n°19-11.444, D.2020. 2190, obs. S. Robin-Raschel, D.2021. 499, M. Douchy-Oudot ; D.2021. 819., J.-J. Lemouland; RTD civ. 2021. 189, obs. B. Vareille.
[1198] DEVILLE S., « Ordre public matrimonial et clauses relatives aux charges du mariage : la cohérence enfin retrouvée ? », Gaz. pal. 2020, n°28, p.65. ; Témoignant de l'incompréhension de la doctrine : MALAURIE P., AYNÈS L., PETERKA N., *Droit des régimes matrimoniaux*, 8e éd., LGDJ, 2021, n°70, p.73 : « on ne comprend pas pourquoi les époux peuvent se prémunir d'un recours pour le passé alors que l'article 214 leur permet seulement d'aménager les modalités de leur contribution aux charges du mariage ».

contribution aux charges du mariage. Sans entrer dans davantage de détail, un tel exemple permet de relativiser les développements précédents et l'on imagine sans peine qu'une clause de réaction trouve grâce dans le contentieux matrimonial. En raisonnant par analogie, l'on se demande, dès lors, quelle est l'étendue réelle du caractère impératif des textes du titre III du Livre III du Code civil et, plus largement, si les textes relevant d'un ordre public de protection sont réellement à l'abri d'une pratique contractuelle conduisant indirectement à faire renoncer au titulaire le bénéfice de son droit. Ainsi, pourra-t-on un jour stipuler une clause de réaction pour bénéficier de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil (stipulant, par exemple, que le créancier de l'obligation d'information dispose d'un mois pour s'en prévaloir après la date de conclusion du contrat), en se cachant derrière le contentieux prospectif, sous prétexte que l'on peut toujours contraindre le cocontractant à exécuter son obligation, puisque l'information reste due pour l'avenir ? Un tel mouvement jurisprudentiel, s'il venait à s'étendre, favoriserait nécessairement l'essor du devoir de réaction puisqu'il étendrait considérablement le domaine des droits subjectifs pouvant faire l'objet d'une clause de réaction. Sa dangerosité évidente nous laisse néanmoins penser qu'une telle évolution n'est pas souhaitable.

Paragraphe second : Les sources d'invalidité tenant à la brièveté du délai stipulé dans la clause

290. Annonce – Au-delà du caractère d'ordre public de certains droits auxquels il est impossible de renoncer, le devoir de réaction du contractant trouve ses plus grandes limites dans les règles destinées à contrôler le contenu du contrat. L'encadrement juridique du devoir de réaction suppose une validité de principe des clauses l'imposant tout en fixant certaines limites tenant non pas à la clause elle-même, mais à ses modalités. Si le droit autorise la stipulation de telles clauses, le juge se réserve le droit de contrôler la longueur du délai offert au cocontractant pour réagir, car c'est en son sein que naît l'illicite. Pour ce faire, il dispose d'un arsenal législatif (**I**) à l'issue duquel l'annulation de la clause est prononcée (**II**) en soulevant, par la même occasion, la question du délai applicable destiné à remplacer celui de la clause annulée.

I. Les outils de lutte contre les clauses instaurant un délai excessivement bref

291. Annonce – Le caractère bref du délai peut se révéler illicite sur deux fondements. D'évidence, le fait de stipuler un délai court peut parfois être à l'origine d'un déséquilibre contractuel. C'est ici qu'intervient le dispositif de lutte contre les clauses créant un déséquilibre significatif que se partagent le droit de la consommation et le droit commercial, et qu'encercle désormais le droit commun des contrats d'adhésion (**A**). Ensuite, la brièveté d'un délai heurte parfois la cohérence du contenu du contrat, c'est-à-dire qu'un délai contractuel impossible à tenir pour le cocontractant risque de priver de substance l'obligation essentielle (**B**).

A. Les clauses créant un déséquilibre significatif

292. La généralisation du régime des clauses abusives – Comme le remarquaient plusieurs auteurs, « l'économie et l'équilibre d'un contrat résultent non seulement des stipulations par lesquelles les parties définissent les prestations principales qu'elles se doivent, mais aussi des clauses accessoires au moyen desquelles elles organisent leurs rapports en fixant leurs droits et leurs obligations accessoires[1199]». Les clauses instituant un devoir de réaction s'inscrivent pleinement dans ce mouvement puisqu'elles accompagnent et organisent l'obligation principale à travers des modalités qui peuvent être à l'origine d'un déséquilibre. Le contrôle du déséquilibre, en droit des contrats, reposait traditionnellement sur la cause par laquelle le juge opérait une justice commutative minimale[1200]. En droit spécial toutefois, avec l'essor des contrats issus de l'économie moderne, des outils de contrôle plus performants se sont développés. Il s'agit du régime des clauses abusives destinées à éradiquer les clauses qui créent un déséquilibre dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, dont la paternité revient à la loi du 10 janvier 1978. En 2008, le droit des pratiques restrictives de concurrence a adopté un dispositif similaire en sanctionnant, à l'article L.442-1 du Code de commerce, les clauses abusives stipulées dans les contrats conclus entre professionnels. La réforme du 10 février 2016 est enfin venue couronner le régime par une disposition de droit commun, à l'article 1171 du Code civil, réputant non-écrite toute clause créant un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion. Sur ces trois fondements, qu'il conviendra d'étudier séparément, une clause imposant un devoir de

---

[1199] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n°441, p.500.
[1200] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* n°630, p.485.

réaction peut se voir annulée dès lors que le délai qu'elle a imposé est source de déséquilibre.

293. L'éradication des clauses abusives en droit de la consommation face aux clauses instituant un devoir de réaction – Marqués par un fort ordre public, les droits subjectifs du consommateur ayant échappé à la première source d'invalidité, peuvent, théoriquement, faire l'objet d'une clause les soumettant à une réactivité en temps utile. Le déséquilibre évident qu'elles peuvent créer fait l'objet d'une attention particulière de la part du législateur et des juges. Les clauses abusives trouvent leur assise légale à l'article L.212-1 du code de la consommation qui dispose que « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Pour des raisons de sécurité juridique[1201], le législateur avait confié au pouvoir réglementaire de les identifier. C'est la raison pour laquelle les articles R.212-1 et R.212-2 du code de la consommation ont dressé une liste de clauses qui se divisent entre, d'une part, les clauses noires présumées abusives de manière irréfragable et, d'autre part, les clauses grises qui sont simplement présumées abusives[1202]. Le pouvoir judiciaire peut et doit[1203], de son côté, relever d'office et déclarer une clause abusive dès lors que celle-ci correspond à la définition légale[1204]. Au sein de la catégorie réglementaire, trois types de clauses peuvent servir de fondement à réputer non-écrite une clause imposant un devoir de réaction : la clause noire n°6 consistant à « supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations », la clause grise n°8 interdisant la soumission de la résolution ou de la résiliation à des conditions plus rigoureuses pour le consommateur et une partie de la clause n°10, s'inscrivant directement dans la problématique des délais pour agir, prohibant au professionnel de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur […] ». Analysons, avec plus de détails, la

---

[1201] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n°447, p.510 : le standard sous lequel s'analysent les clauses abusives requiert une appréciation au cas par cas, aussi était-il dangereux pour les professionnels de laisser une trop grande liberté au juge.
[1202] AULOY-CALAIS J., TEMPLE H., DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, 10e éd., Précis, Dalloz, 2020, n°175, p.192.
[1203] CATTALANO G., « Office du juge et clauses abusives : florilège de décisions », RDC, n°01, 2022, p.81.
[1204] Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, n°89-20.999 ; D.1991.449, note J. Ghestin, JCP G 1991, II, 21763, note G. Paisant ; CCC 1991, n°160, obs. L. Leveneur.

manière dont la clause instituant un devoir de réaction peut entrer dans l'une des catégories susmentionnées et être frappée de nullité.

294. Les clauses instituant un devoir de réaction s'assimilant à des clauses abusives noires – La clause n°6 visée par l'article R.212-1 du code de la consommation pourrait servir de fondement à l'éradication d'une clause de réaction imposant un délai trop court pour faire valoir ses droits à réparation. Comme le remarquait Philippe Delebecque dans sa thèse de doctorat, les clauses subordonnant la réparation à une réaction en temps utile « modifient les conditions légales pour agir en responsabilité contractuelle, mais ne suppriment pas directement cette responsabilité[1205]». De telles clauses n'auraient, *a priori*, rien de contraire à l'ordre public et se justifieraient même par la fluidité économique qu'elles permettraient. En revanche, ces mêmes clauses peuvent devenir dangereuses dès lors que « la victime n'a pas le temps de faire valoir ses droits, le délai ayant une durée trop infime. La clause est alors une véritable clause d'irresponsabilité et devient, en tant que telle, difficilement tolérable[1206]». Le délai stipulé à l'encontre du consommateur peut ainsi être source de réduction du droit au préjudice subi et fait l'objet d'une attention particulière de la part des juges et de la commission des clauses abusives. Ainsi, une clause de réclamation reste tout à fait valable dès lors que le délai qu'elle impose est raisonnable[1207]. Toutefois, un délai excessivement bref peut conduire les juges à en déduire un caractère irréfragablement abusif. Avait ainsi été considérée comme une clause abusive noire en ce qu'elle supprimait ou réduisait le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur, la clause qui, dans un contrat de location saisonnière, ne laisse que 24 heures au locataire pour dénoncer les anomalies constatées[1208]. La commission des clauses abusives avait, dans le même domaine,

---

[1205] DELEBECQUE P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1981, n°35, p.36.

[1206] DELEBECQUE P., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, *loc. cit.* : citant, CAPITANT H., Les principes fondamentaux du droit des contrats, cours de doctorat 1932-1933, Paris, Les cours de droit, p.13 ; v. également en ce sens : HELLERINGER G., *Les clauses du contrat – essai de typologie*, th. préc., n°196, p.116 : « Lorsque cette convention conduit à accorder un remède dérisoire en cas d'inexécution d'une obligation essentielle, lorsqu'elle soumet le droit à réparation à des conditions si strictes que, en pratique, le droit du créancier se trouve anéanti, cette convention doit être sanctionnée » et n°195, p.115, où l'auteur analyse les clauses de réclamation comme des clauses limitant drastiquement le droit du contractant à mettre en œuvre ses remèdes.

[1207] Cass. 3ème civ., 20 mars 2013, n°12-11797 : « […] il n'était pas établi en quoi le délai d'un mois prévu par l'acte pour notifier une contestation relative à la conformité des biens supprimerait ou limiterait le droit à réparation du consommateur, a pu en déduire que la clause prévoyant ce délai n'avait pas un caractère abusif. »

[1208] Paris, 7 mai 1998, D.1998. IR 171.

considéré que « doivent être considérées comme abusives les clauses qui fixent, pour de telles réclamations, un délai inférieur à trois jours[1209]». L'activité contractuelle des agences de voyages avait été épinglée en raison des clauses fixant des délais inférieurs à trois mois à compter de la fin du séjour pour la réclamation du consommateur[1210]. En matière de transport, est abusive la clause qui précise que pour qu'une réclamation soit prise en considération, « le voyageur devra en avertir immédiatement le chauffeur et confirmer par écrit ladite réclamation dans un délai maximal de 48 heures[1211]». Instituer un devoir de réaction à l'égard du consommateur en soumettant son droit à un réparation dans un délai exagérément court peut ainsi conduire à supprimer ou réduire ce dernier. Le professionnel échappe alors à sa responsabilité et organise l'impossibilité de l'action qui lui est attaché : la clause doit être réputée non-écrite.

295. Les clauses instituant un devoir de réaction s'assimilant à des clauses abusives grises – La clause abusive grise n°8 prohibe les clauses soumettant la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour la partie faible. L'on imagine sans peine que soumettre la mise en œuvre de la résolution ou de la résiliation du contrat à un devoir de réaction dont le délai excessivement court peut aboutir au réputé non-écrit de la clause. Par exemple, une clause qui stipulerait que le consommateur dispose d'un délai de 24 heures pour se prévaloir d'une inexécution de nature à justifier la résolution du contrat serait probablement considérée comme abusive. Toutefois, c'est la clause grise n°10 qui embrasse plus largement les problématiques liées aux clauses de réaction. Ainsi, en interdisant aux professionnels de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice, elle inscrit les clauses instituant un devoir de réaction dans le débat, plus large, des clauses destinées à aménager le délai pour agir[1212]. Si ces dernières sont admises en principe, le droit de la consommation peut parfois faire peser sur elles une présomption d'abus[1213]. Ainsi, les clauses de forclusion ne semblent pas interdites en ce domaine. Par exemple, la Cour de cassation a jugé qu'une clause de

---

[1209] Recommandation CCA n°94-04 du 1er juillet 1994, Concernant les contrats de locations saisonnières (BOCC 27 oct. 1994 ; Rect. BOCC 9 déc. 1994.
[1210] Recommandation CCA n°94-03 du 18 mars 1994, Relative aux contrats de séjours linguistiques (BOCC 27 sept. 1994).
[1211] Recommandation CCA n°2008-03 du 19 juin 2008, Relative aux contrats de transports terrestres collectifs de voyageurs et complétant la recommandation n°84-02 (BOCC 14 nov. 2008).
[1212] V. *Supra*, n°253 et s.
[1213] AULOY-CALAIS J., TEMPLE H., DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, *op. cit*., n°177, p.195.

forclusion instituant un délai d'un an n'était pas abusive[1214]. Toutefois, le laps de temps prévu par les parties fait l'objet d'une analyse particulière. En témoigne un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 septembre 2019 dans lequel les juges avaient déclaré abusive une clause par laquelle la possibilité de contester une facture était subordonnée « au respect d'un délai impossible[1215]». En droit de la consommation, l'analyse de la jurisprudence démontre que lorsqu'elle n'entre pas frontalement en collision avec un délai d'ordre public ou qu'il n'est pas excessivement bref, la clause instituant un devoir de réaction, qu'elle s'analyse comme une forclusion conventionnelle ou comme une clause de déchéance *sui generis*, se doit simplement d'imposer un délai raisonnable et de ne pas rendre impossible ni l'action en justice, ni la réparation du préjudice subi par le consommateur[1216]. Nous verrons que la même conclusion est applicable aux clauses abusives de droit commun comme à celles de droit commercial.

296. Les clauses créant un déséquilibre significatif de l'article L.442-1 du code de commerce – Directement inspirées des clauses abusives en droit de la consommation, les clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats marqués par une forte dépendance[1217] conclus entre professionnels trouvent leur fondement à l'article L.442-1 du code de commerce sans toutefois pouvoir se confondre avec leurs homologues consuméristes. En effet, non seulement son champ d'application ne concerne ni les mêmes personnes ni les mêmes contrats, mais l'abus qu'il stigmatise n'est pas tout à fait de même nature. Il s'agit de lutter ici contre « la soumission consciente, mais forcée, du professionnel aux stipulations imposées par son "partenaire"[1218] ». Surtout, l'action individuelle de la victime ne semble pouvoir se traduire que par l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur[1219], les actions en nullité étant réservées à l'action

---

[1214] Cass. civ. 3ème, 9 juillet 2014, n°13-21.024 ; Gaz. Pal., n°245, 2014, note V. Zalewski-Sicard : Face à une clause ainsi rédigée : « Toute action concernant les défauts de conformité devra être introduite, à peine de forclusion, dans un bref délai, en tout état de cause, ce délai ne pourra être supérieur à un an, du jour où l'acquéreur l'aura notifié au vendeur », la Cour de cassation a décidé qu'aucune règle d'ordre public n'interdisait aux parties liées par un contrat de vente en l'état futur d'achèvement de fixer un délai pour agir en réparation des défauts de conformité apparents. La clause n'était donc pas abusive.

[1215] Paris, 5 septembre 2019, n°17/2353 : l'arrêt est rendu sur le fondement de l'article R.212-2, 10° du Code de la consommation.

[1216] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *op. cit*., v° réclamation, p.716.

[1217] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n°454, p.522.

[1218] *Ibid*.

[1219] Dans le silence de la loi et face à une jurisprudence contradictoire, il était possible d'admettre que la sanction de la nullité ou du réputé non-écrit soit admise sur le fondement du droit commun des contrats, notamment de l'article 1171 du Code civil. C'est ce que semble avoir refusé la Cour de cassation en jugeant que : « l'article 1171 du Code civil, interprété à la lumière de ces travaux, s'applique donc aux contrats, mêmes conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des

publique[1220]. Depuis l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 toutefois, la nouvelle mouture de l'article L.442-4 du code de commerce autorise la partie victime à faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, même si le litige est antérieur au texte[1221]. Parmi les clauses les plus fréquemment sanctionnées se trouvent les clauses marquées par un fort unilatéralisme ou par une dissymétrie dans le contenu des droits et obligations[1222]. Il est dès lors possible d'imaginer, dans les mêmes conditions qu'en droit de la consommation, qu'un délai excessivement court adossé à une clause de réclamation ou à la mise en œuvre d'une sanction contractuelle peut être jugé abusif. Toutefois, le droit commercial fait preuve de tolérance en matière de clauses abrégeant le délai pour agir et ne devrait pas stigmatiser, en tant que telle, une clause de forclusion lorsque celle-ci reste dans les limites du raisonnable.

297. Contrôler l'équilibre d'une clause de réaction sur le fondement de l'article 1171 du Code civil – La réforme du 10 février 2016 est venue consacrer, à l'article 1171, les clauses abusives dites de droit commun. Ce dernier texte, qui ne s'applique qu'aux contrats d'adhésion, prohibe les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. S'il ne fait aucun doute qu'un tel dispositif puisse servir d'outil redoutable pour lutter contre le déséquilibre découlant de certaines clauses instituant un devoir de réaction, encore faut-il s'assurer de son champ d'application sur lequel planent quelques incertitudes. L'article 1171 ne devrait pas pouvoir s'appliquer aux contrats conclus entre consommateurs et professionnels, pas plus qu'à ceux visés par l'article L.442-1 du Code de commerce[1223]. Il ne s'appliquerait, dès lors, qu'aux contrats qui ne remplissent pas les conditions des articles L.212-1 du code de la consommation et L.442-1 du code de commerce. C'est ce que permet d'affirmer un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 2022[1224] par lequel elle a déclaré l'article 1171 applicable aux contrats entre professionnels à condition qu'ils ne soient pas visés par

métiers, lorsqu'ils ne relèvent pas de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce (…) : Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-16.782, RTD civ. 2022.124, obs. H. Barbier ; D.2022.725, obs. N. Ferrier ; D.2022.539, obs. S. Tisseyre.

[1220] *Ibid*, n°462, p.530.

[1221] VOGEL L., VOGEL J., « La victime d'une clause déséquilibrée peut en demander la nullité, même si le litige est antérieur à l'ordonnance du 24 avril 2019 », l'ess. distribution concurrence, 2020, n°10, p.4, note sous Cass. com., 30 septembre 2020, n°18-11644, D.

[1222] CHANY M., « Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », RTD Com. 2016, p.81, note sous com. 29 septembre 2015, n°13-25.043, n°13-27.525, n°14-10.907 et n°14.11.387.

[1223] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n°478, p.552.

[1224] Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-16.782, Cass. com., 26 janvier 2022, n°20-16.782, RTD civ. 2022.124, obs. H. Barbier ; D.2022.725, obs. N. Ferrier ; D.2022.539, obs. S. Tisseyre.

l'article L.442-1 du code de commerce. En outre, son champ d'application se voit considérablement restreint par sa limitation aux contrats d'adhésion. Une conception plus compréhensive[1225] cependant, pourrait conduire à une application plus large de l'article 1171. Au-delà de certains contrats entre particuliers, il serait possible de l'appliquer aux contrats constitutifs de groupements ou aux clauses de contribution aux charges du mariage dès lors qu'il est prouvé que le consentement de l'un est marqué d'une forte dépendance à l'égard de l'autre. Dans cette hypothèse, l'article 1171 du Code civil pourrait constituer un arsenal supplémentaire pour lutter contre les clauses instituant des devoirs de réaction. Une clause d'agrément stipulée dans des statuts ou dans un pacte d'actionnaires imposant au débiteur de contester une cession dans un délai excessivement bref pourrait ainsi se voir annulée. La validité des forclusions conventionnelles attachées à l'obligation d'information à l'égard du cédant dans une clause de garantie de passif pourrait s'apprécier d'un œil nouveau. En toutes hypothèses, dès lors que le contrat d'adhésion est qualifié, les clauses abrégeant les délais pour agir ou instituant des déchéances quelconques devraient pouvoir être lues dans les mêmes conditions que celles que nous avons évoquées, dans les lignes qui précèdent, en droit de la consommation[1226] : admises en principe les clauses de réaction peuvent être réputées non-écrites en raison de la brièveté du délai qu'elles imposent.

B. Les clauses privant de substance l'obligation essentielle

298. L'article 1170 du Code civil et les clauses instituant un devoir de réaction – Directement inspiré de la jurisprudence *Chronopost* par laquelle la Cour de cassation avait réputé non-écrite une clause limitative de responsabilité sur le fondement de la cause, le nouvel article 1170 du Code civil dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non-écrite ». Il s'agit de « protéger ce qui constitue le noyau dur du contrat, à savoir sa prestation caractéristique, son obligation fondamentale […][1227]» tout en adoptant une approche globale de l'opération contractuelle en analysant si la clause conduit à décharger totalement le débiteur de son obligation[1228]. Contrairement aux clauses abusives de

[1225] REVET T., « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D.2015.1217.
[1226] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, *op. cit*., v. réclamation, p.717 ; v. également en ce sens : HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.,* n°497-1, p.351.
[1227] FAGES B., *Droit des obligations, op. cit*., n°185, p.170.
[1228] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit*., n°644, p.498.

l'article 1171 du Code civil, celles de l'article 1170 disposent d'un domaine plus large : tous les contrats et toutes les clauses peuvent être concernés. Sont ainsi visées les clauses qui permettent au débiteur d'échapper aux conséquences de l'inexécution de son obligation, comme les clauses de non-recours, de réclamation ou encore celles destinées à limiter la responsabilité du débiteur. Une clause imposant un délai excessivement bref, voire impossible, peut-elle priver de substance l'obligation essentielle ? La réponse est, sans aucun doute, positive. Philippe Delebecque assimilait déjà les clauses qui instituaient un délai de déchéance excessivement bref comme des clauses d'irresponsabilité[1229] susceptible de vider de substance l'obligation essentielle. Par ailleurs, le droit de la consommation rapproche également les clauses instituant des délais illicites par leur brièveté à des clauses abusives noires en ce qu'elles suppriment ou réduisent le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur[1230]. Par conséquent, la clause par laquelle un contractant imposerait un délai excessivement court ou impossible à tenir pour obtenir réparation à la suite de l'inexécution de l'obligation essentielle doit être réputée non-écrite. Au-delà des questions de responsabilité, l'article 1170 du Code civil peut tout à fait servir de fondement pour stigmatiser les délais excessivement courts instaurant un devoir de réaction à l'égard d'un contractant souhaitant simplement obtenir sa créance. Dans un arrêt du 14 janvier 2020[1231], la Cour d'appel de Paris était ainsi confrontée à une clause de garantie de passif dont le délai de mise en œuvre était si court qu'il ne permettait pas à l'acquéreur de disposer des comptes sociaux de l'exercice de l'année du passif litigieux : pour l'exercice 2014, l'acquéreur avait le devoir de réagir jusqu'au 31 décembre 2014 pour mettre en œuvre sa garantie, mais les documents avaient été mis à sa disposition à cette date, ce qui l'avait contraint à agir en 2015. Les magistrats ont considéré ce délai comme inopposable à l'acquéreur en raison de l'impossibilité pour lui de disposer des comptes sociaux de l'exercice 2014 avant cette date. Le délai-sanction, qui sert à fonder le devoir de réaction, peut ainsi être la source d'invalidité de la clause qui le crée.

II. Les effets de la sanction des clauses de réaction instaurant un délai excessivement bref

---

[1229] DELEBECQUE PH., *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats,* th. préc., n°35, p.34. *; adde* HELLERINGER G., *Les clauses du contrat – essai de typologie*, th. préc., n°195-196, pp.115-116.
[1230] V. *Supra*, n°292 et s.
[1231] BARBIER H., « Où le trop court délai de mise en œuvre d'une garantie est rendu inopposable à son bénéficiaire », RTD Civ., 2020, p.619, note sous Paris, 14 janvier 2020, n°18/16858.

299. La clause est réputée non-écrite ou le contractant engage sa responsabilité – Lorsqu'une clause est considérée comme abusive, celle-ci est réputée non-écrite[1232]. C'est la sanction qu'ont retenue le droit commun et le droit de la consommation, tandis que le droit commercial sanctionne la stipulation d'une clause abusive par l'engagement de la responsabilité du contractant même si, désormais, la victime d'une clause déséquilibrée peut elle-même faire constater la nullité de cette dernière[1233]. La sanction du réputé non-écrit maintient la validité du contrat principal, mais la clause est considérée comme n'ayant jamais été stipulée[1234]. Dans la même veine, l'on peut tout à fait imaginer qu'une clause instituant un devoir de réaction puisse être sanctionnée par le réputé non-écrit partiel. Comme nous y invite le Professeur Garance Cattalano, dès lors que « la clause est intellectuellement divisible et que sa substance est préservée [1235]». Par exemple, une clause ayant pour effet de sanctionner son manquement par la déchéance d'un droit peut prévoir plusieurs causes de déchéance. Si, parmi celles-ci, l'une instaure un devoir de réaction adossé à un délai excessivement bref, les juges devraient pouvoir réputer non écrite la cause particulière de déchéance sans toucher à la substance générale de la clause. Les clauses privant de substance l'obligation essentielle sont également sanctionnées par le réputé non-écrit. De manière générale, les sanctions applicables à ce type de clause appellent peu de remarques quant à leur nature, mais soulèvent une question pratique non négligeable. Lorsqu'une clause instituant un délai de déchéance est réputée non-écrite, qu'advient-il du délai ? Celui-ci est-il purement et simplement supprimé ? Doit-il être remplacé par un autre délai ? Si, d'intuition, la première solution doit être préférée, nous allons voir qu'il peut en aller différemment selon la nature du délai concerné.

300. Le principe : aucun délai ne vient remplacer celui qui vient d'être annulé si ce n'est la prescription applicable – L'hypothèse la plus courante est la suivante : une clause, en instituant un devoir de réaction, est réputée non-écrite en raison de la brièveté du délai que le créancier a imposé. Il peut s'agir d'une clause de réclamation ou d'une clause abrégeant le délai pour agir. Dans tous les cas, la clause a

---

[1232] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.,* n°496, p.350.
[1233] Art. L.442-4, I, al.2, C. com.
[1234] FAGES B., *Droit des obligations, op. cit*., n°187, p.171.
[1235] CATTALANO G., « Office du juge et clauses abusives : florilège de décisions », art. préc.

arrimé une déchéance à l'exécution d'un acte en temps utile. Lorsque cette dernière ne contractualise pas un délai prévu légalement, sa suppression n'impose pas au juge de remplacer le délai par un autre. Par exemple, une clause de réclamation imposant à un contractant de contester une illicéité contractuelle dans un délai de 24 heures ne doit pas être remplacée par un délai raisonnable dès lors qu'aucun texte légal ne le prévoit. Elle est purement et simplement supprimée, ce qui relâche le droit subjectif enserré par la clause dans les limites traditionnelles de la prescription applicable. Cette solution, qui peut sembler évidente, ne l'est pas nécessairement dès lors que les parties ont fait le choix d'aménager un délai légalement prévu.

301. L'exception : le cas des clauses contractuelles aménageant un délai légalement prévu – Lorsque le devoir de réaction est adossé à un délai qui est légalement prévu, que celui-ci soit adossé à un standard ou figé par un délai plancher, la solution est radicalement différente. Tout d'abord, nous avons vu qu'un délai légal adossé au standard du raisonnable ou du temps utile peut être contractualisé par les parties. Prenons comme exemple l'article 1466 du Code de procédure civile qui impose aux parties de se prévaloir d'une irrégularité de constitution du tribunal arbitral en temps utile sous peine d'être déchu de s'en prévaloir. Lorsqu'ils contractualisent le délai et que la brièveté de celui-ci le conduit à être réputé non-écrit, l'annulation de la clause ne devrait pas empêcher les juges de retomber sur le standard du raisonnable prévu légalement[1236]. Autrement dit, une clause aménageant un délai légal standardisé n'épuise pas l'exigence d'exercer le droit subjectif dans un délai raisonnable. Plus délicate encore est l'hypothèse dans laquelle un délai légal instituant un plafond minimum a été contractualisé. Cette fois-ci, la question est de savoir si en cas d'annulation d'une telle clause, les juges doivent nécessairement appliquer le délai minimum ? Si la réponse est négative, quel délai doivent-ils appliquer ? Le droit des assurances nous permet d'apporter quelques éléments de réponse. L'article L.113-2, alinéa 4 du code des assurances, impose à l'assuré de déclarer son sinistre à l'assureur dès qu'il en a eu connaissance, précisant que « ce délai ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés ». Naturellement, toute clause contredisant le délai légal doit être réputée non-écrite. En revanche, quel délai appliquer une fois la clause supprimée ? Le délai plancher de cinq jours ? Un délai raisonnable ? C'est l'hypothèse à

[1236] Cass. civ., 3ème, 25 mai 2005, n°03-19.411 : À propos d'une offre mentionnant « réponse immédiate souhaitée », la Cour, après en avoir déduit que l'offre avait été faite sans stipulation de terme, devait s'apprécier selon les canons du délai raisonnable.

laquelle était confrontée la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 janvier 2021[1237]. Une EARL avait déclaré tardivement un sinistre à son assureur qui lui avait refusé la garantie en raison, notamment, de la stipulation contractuelle imposant la déclaration du sinistre dans un délai de quatre jours qui contredisait le délai plancher de l'article L.113-2 du code des assurances. Pragmatique, la cour d'appel a admis la clause de déchéance au regard du préjudice subi par l'assureur du fait de la déclaration tardive (plus d'un mois) de l'assuré sans s'émouvoir du délai de quatre jours contredisant le délai plancher légal. Tout en soulignant l'illicéité de la clause, elle avait substitué le délai de quatre jours à celui de cinq dans la mesure où le préjudice avait été déclaré bien plus tardivement[1238]. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel en énonçant que la clause de déchéance violant le délai minimal légal devait être considérée comme inopposable à l'assuré. En faisant le choix de ne pas substituer la violation d'un délai légal par son délai plancher, la Cour de cassation agit ici comme si le contrat d'assurance ne prévoyait plus aucun délai pour déclarer le sinistre. Comme le remarquait un auteur, « si l'assuré doit déclarer le sinistre, et qu'il ne peut logiquement y procéder que lorsqu'il en a eu connaissance, il peut s'exécuter jusque dans le délai fixé par le contrat. Aussi, l'absence de celui-ci, pour une raison ou pour une autre, permet de prolonger le temps de la déclaration permise jusqu'à la borne de la prescription extinctive[1239]». Cet arrêt nous donne une précieuse clé de lecture quant aux conséquences de l'annulation d'une clause contractuelle par laquelle les parties auraient décidé d'aménager un délai légal plancher[1240]. L'on pourrait toutefois rétorquer que l'article L.113-2 du code des assurances est une loi supplétive, ou encore que cette logique du « tout ou rien » est source d'insécurité juridique pour l'assureur qui peut, indéfiniment, se voir opposer une déclaration de sinistre. C'est, peut-être, la raison pour laquelle la cour d'appel avait déplacé le débat en écartant celui du délai pour se placer sur celui du

---

[1237] Cass. civ., 2ème, 21 janvier 2021, n°19-13.347, P ; RDI 2021. 364, note D. Noguéro ; D.2021.892, note B. Beigner et S. Ben Hadj Yahia ; D.2021. AJ.133, JCE E 2021.88 ; D. actu 4 février 2021, obs. R. Bigot et A. Cayol ; Gaz. Pal., 9 février 2021, n°6, 395v1, p.36, obs. C. Berlaud ; RGDA février 2021, 1118f8, p.20, note S. Bros ; LEDA mars 2021, 113g7, p.2, obs. P.-G. Marty ; RCA 2021, Étude 5, par F. Leduc ; D.2021.892, note B. Beigner et S. Ben Hadj Yahia.

[1238] NOGUÉRO D., « Clause contredisant le délai minimal légal pour la déclaration de sinistre et paralysie de la clause de déchéance », *loc. cit*.

[1239] *Ibid*.

[1240] Par ex., celui de l'article L.314-30 C. cons. ; cela vaut également pour les délais minimaux recommandés par la commission des clauses abusives. Par exemple, lorsque celle-ci recommande qu'un délai ne peut être inférieur à 3 mois (Recommandation CCA n°94-04 du 1er juillet 1994, Concernant les contrats de locations saisonnières), l'annulation d'une clause ne permet pas de rebondir dans le délai minimal mais retombe dans la prescription.

préjudice de l'assureur. Sans pouvoir en tirer un principe général, il est toutefois possible d'affirmer qu'il existe une différence dans les conséquences de l'annulation d'une clause destinée à contractualiser un délai légal. Lorsqu'il est adossé à un délai raisonnable, ce dernier s'applique tout de même, tandis que l'annulation d'une clause aménageant un délai légal plancher conduit à se comporter comme s'il n'y avait pas de clause ni de délai, et retomber dans les seules limites de la prescription applicable. L'invalidité d'une clause instituant un devoir de réaction peut avoir différentes conséquences en fonction du type de délai auquel il est adossé.

302. Conclusion de la seconde section – Les sources d'invalidité des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction concernent principalement celles qui obligent les contractants à se prévaloir d'un droit subjectif en temps utile sous peine d'être frappé de déchéance. Pour limiter la dangerosité de ces clauses, le droit déploie un double portique de sécurité sur les deux éléments de la clause : le droit visé et le délai stipulé. En principe, les clauses instituant un devoir de réaction sont valables dès lors que le droit subjectif qu'elles enserrent dans un délai est disponible, c'est-à-dire qu'il n'est pas d'ordre public. Avancer le contraire conduirait à admettre des clauses permettant de renoncer par avance à un droit d'ordre public**.** Toutefois, quelques nuances sont à apporter à cette interdiction puisque la Cour de cassation reconnaît parfois la validité de clause disposant assez largement de droits pourtant d'ordre public. Ensuite, le deuxième filet de sécurité réside dans le contrôle du contenu du contrat. Lorsque le droit subjectif visé par la clause ne pose pas de problème, c'est le délai stipulé qui peut être à l'origine d'une illicéité. La clause risque alors d'être annulée sur plusieurs fondements. D'une part, la prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif en droit de la consommation, en droit commercial et désormais en droit commun permet de lutter efficacement contre toute clause imposant un délai excessivement bref voire impossible à tenir. D'autre part, sur le fondement de l'article 1170 du Code civil réputant non-écrites les clauses privant de substance l'obligation essentielle, il est également possible de faire annuler une clause instituant un devoir de réaction dont le délai serait manifestement illicite.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

303. Conclusion du chapitre premier – En amont**,** c'est-à-dire au moment où les parties, par la technique contractuelle, exigent de l'autre une réaction quelconque, le droit encadre le devoir de réaction du contractant : tout en admettant la validité des clauses ayant pour effet d'instituer un devoir de réaction, celles-ci trouvent leurs premières limites dans leur nature et leurs secondes dans la loi. Le raisonnement a d'abord consisté à rassembler toutes les clauses de réaction : elles se distinguent en ce qu'elles imposent au débiteur de se prévaloir d'un droit subjectif en temps utile sous peine d'être sanctionné. Plus encore, nous avons centré les développements sur les clauses les plus dangereuses, celles qui conduisent à la déchéance du droit subjectif du contractant (et qui correspondent au devoir de réaction pour la préservation de propre intérêt[1241]). Celles-ci peuvent se diviser en deux catégories : celles qui abrègent le délai pour agir et celles qui instituent une déchéance sans toucher au délai pour agir. Dans les deux cas, ces clauses sont considérées comme valides, mais leurs effets et leur interprétation peuvent varier selon la catégorie à laquelle elles appartiennent. Une fois leur validité de principe admise, s'est posée la question de leurs sources d'invalidité. Celles-ci obéissent à un régime à deux niveaux. Tout d'abord, il s'agit de déterminer si le droit subjectif objet de la clause de réaction est disponible. Dans le cas inverse, la clause est nulle pour violation de l'ordre public. Si le droit est disponible, en revanche, les clauses instituant un devoir de réaction retombent dans des limites assez classiques dont les sources d'illicéité sont à rechercher dans le délai stipulé. Ce dernier, du fait de sa brièveté, peut justifier une annulation sur deux fondements. D'abord, un délai excessivement bref ou impossible à tenir se trouve être à l'origine d'une clause créant un déséquilibre significatif, que celle-ci soit analysée selon les canons du droit de la consommation, du droit commercial ou du droit commun. Enfin, le nouvel article 1170 du Code civil prohibant les clauses privant de substance l'obligation essentielle pourra également servir de fondement textuel pour lutter contre les délais les plus excessifs.

[1241] V. *Supra*, n°116 et s.

CHAPITRE SECOND : L'ENCADREMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT

304. L'encadrement en aval du devoir de réaction – La deuxième série de limites opposables au devoir de réaction est à rechercher dans sa mise en œuvre. Dans la réaction en tant que telle. Nous insistions, dans la définition proposée par l'étude[1242], sur le caractère approprié de la réponse apportée par le contractant. Derrière ce choix sémantique se cache l'idée selon laquelle il ne suffit pas au contractant de mettre en œuvre son devoir de réaction pour échapper aux sanctions. Aussi faut-il qu'il réagisse convenablement, c'est-à-dire avec mesure et circonspection. De manière générale, le droit des contrats est attentif à la surréaction. L'on songe, par exemple, à la théorie de l'immixtion qui attire parfois le tiers dans un contrat en raison, précisément, d'un comportement exagérément dynamique et ambigu. Plus particulièrement, le modèle du contractant réactif est guidé par l'efficacité de son comportement. Le devoir de réaction peut se retourner contre lui-même, s'annuler, dès lors que son débiteur exagère sa réaction, se montre bilieux. Dans une relation contractuelle qui peut s'analyser comme un jeu d'actions et de réactions, la boussole de l'efficacité ne doit pas amener les contractants sur le chemin de l'intolérance, de l'irascible, de la brusquerie. Aussi le droit canalise-t-il leurs réactions. Leur comportement surréactif trouve ses limites dans l'assujettissement de leurs prérogatives aux limites inhérentes aux droits subjectifs. Le droit incite, oblige ou laisse libre cours à la réactivité tout en imposant parfois un certain nombre d'exigences comportementales ou formelles dont le manquement conduira le titulaire de la prérogative à voir sa réaction, viciée par la précipitation, se retourner contre lui.

305. Annonce – En parallèle à l'essor du devoir de réaction, se développent des notions et des outils permettant de canaliser celui-ci. À la très classique théorie de l'abus de droit s'ajoute aujourd'hui l'exigence de proportionnalité. Ces deux exigences matérielles se concentrent sur la manière dont le contractant a réagi. Elles peuvent, d'un côté, être rassemblées sous une exigence générale de mesure dans la mise en œuvre de ses droits, et plus particulièrement lors de l'exercice du devoir de réaction (**section première**). D'un autre côté, se développent des exigences formelles attachées à

[1242] Sur la définition du devoir de réaction, v. *Supra*, n°110.

la mise en œuvre d'un droit subjectif pouvant également être destinées à adoucir la réaction d'un contractant (**section seconde**).

Section première : L'exigence de mesure dans la mise en œuvre du devoir de réaction

306. Le devoir de réaction est une légitime défense contractuelle – Réagir avec mesure n'est pas l'apanage du contractant. L'article 122-5 du Code pénal admet l'irresponsabilité de l'auteur d'un acte pénalement répréhensible dès lors que celui-ci est commandé par la légitime défense, « sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ». La légitime défense, qui n'est jamais un devoir, obéit toutefois à une règle d'esprit comparable à celle qui entoure le devoir de réaction. Le contractant est parfois obligé de réagir, incité à réagir face à l'illicéité et, le plus souvent, le droit va légitimer les moyens qu'il a mis en œuvre qui, dans d'autres circonstances, auraient été considérés comme fautifs[1243]. Plus exactement, le contractant est sous les feux d'une double menace. D'un côté, il doit se montrer réactif dans l'usage de ses prérogatives sur lesquelles pèse un risque de sanction. D'un autre côté, l'exercice de sa réaction est soumis à un devoir de mesure dans l'usage de ses droits sans quoi sa diligence sera considérée, au mieux, comme inutile, au pire comme fautive. Il s'agit, de manière générale, de contenir certains créanciers et débiteurs au « sang chaud[1244]». C'est ici que s'érigent les premières limites à l'exercice du devoir de réaction. Comme pour la légitime défense, le devoir de réaction suppose que le contractant adopte un comportement empreint de mesure et de tempérance.

307. La recherche d'un équilibre entre l'exercice du devoir de réaction et les moyens de sa mise en œuvre - Du fait du lien fondamental noué entre la réaction et la manière dont le droit subjectif exercé, les limites classiquement opposables à ce dernier rejaillissent sur le régime du devoir. Ainsi, un contractant doit réagir en tenant compte des limites inhérentes à la substance de certains de ses droits. Tout contractant, soumis à une exigence de réactivité de plus en plus intense, est tenté de ne pas prendre de risque en mettant en œuvre immédiatement un droit afin de s'assurer de son effectivité et d'éviter d'en être déchu. Dans le même temps, cette exigence de réactivité fait aussi peser sur lui le risque inverse et peut même se retourner contre lui : une réaction excessivement

---

[1243] V. *Supra*, n°234 et s.

[1244] STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°104, p.97 : L'auteur parle d'un devoir de tempérance. Elle « renvoie tout d'abord à une exigence de mesure qui semble concerner au tout premier chef certains débiteurs « au sang chaud » comme certains créanciers par trop expéditifs.

forte ou disproportionnée peut se transformer en abus de droit (**paragraphe premier**) ou le conduire ne pas respecter l'exigence de proportionnalité dont les manifestations sont de plus en plus fréquentes en droit des contrats (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : La mise en œuvre abusive du droit subjectif objet du devoir de réaction

308. Annonce – Le devoir de réaction repose sur la mise en œuvre appropriée, et en temps utile, d'un droit subjectif. Le lien établi entre le devoir et l'usage de son droit fait nécessairement rejaillir les caractères du second sur le premier. Ceux du droit subjectif prennent alors le dessus sur celui du devoir puisque la mise en œuvre d'un devoir de réaction peut être requalifiée en abus de droit. Le devoir de réaction, finalement, trouve ses limites dans la réaction qu'il induit. Celle-ci peut consister en un usage abusif d'une prérogative contractuelle (**I**) comme d'un moyen procédural attaché au droit subjectif étant lui-même objet du devoir de réaction (**II**). Dans les deux cas, la réaction du contractant sera considérée comme abusive et donnera lieu à réparation.

I. L'usage abusif d'une prérogative contractuelle

309. La notion d'abus de droit à la lumière des limites du devoir de réaction – L'abus de droit est une notion difficile à saisir. Les critères doctrinaux dégagés pour le reconnaître se divisent classiquement entre celui de l'intention de nuire, que défendait Ripert[1245], et à celui du détournement de la finalité sociale du droit, qu'avait théorisé Josserand[1246]. Sans pouvoir trancher entre les deux critères, présentant respectivement risques et avantages[1247], et dans lesquels puisent tour à tour les tribunaux, contentons-nous d'avancer l'idée selon laquelle l'abus de droit doit aujourd'hui être considéré comme affranchi d'une définition stricte. Il s'agit davantage d'un standard permettant de redécouvrir le contenu de la notion à chaque nouvelle application[1248] et, indéniablement, de contrôler l'usage d'un droit subjectif[1249]. Or, cet outil de contrôle du

---

[1245] RIPERT G., « Abus ou relativité des droits », Rev. Critique de législation et de jurisprudence, 1929, t.49. p.62.
[1246] JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *op. cit*., spéc n°292.
[1247] CAYROL N., *Droit de l'exécution*, 3e éd., LGDJ, 2019, n°801, p.446 : l'intention de nuire est un critère trop restrictif tandis que le critère du détournement de la finalité sociale du droit pèche par excès.
[1248] *Ibid*. ; v. également : HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », RTD civ. 1926, p.265.
[1249] CADIET L., LE TOURNEAU PH., « Abus de droit », *in Rép. droit civil*, 2017, n°14 et s.

droit subjectif va nécessairement rejaillir sur le devoir de réaction puisque le premier constitue l'objet du second. L'on a déjà rencontré, dans cette étude, la forme rare qu'est l'abus de droit par abstention et qui peut parfois fonder la sanction de l'absence de réaction d'un contractant. Nous sommes ici à l'exact opposé de cette forme de passivité. Il ne s'agit plus de reprocher à un contractant de ne pas avoir réagi, ou d'avoir excessivement et délibérément tardé à mettre en œuvre un droit auquel était suspendue la poursuite d'une opération contractuelle[1250]. Au contraire, la limite opposée au devoir de réaction, à travers la théorie de l'abus de droit, consiste ici à stigmatiser la surréaction, la brutalité dans la mise en œuvre des prérogatives. L'étude a tenté de démontrer que le droit cherche moins à inciter les contractants à réagir qu'à bien réagir. Nous nous servirons, pour l'illustrer, des sanctions de l'inexécution.

310. Le contrôle, par l'abus, de la sanction unilatérale – Par-delà le contentieux des ruptures brutales, la réforme du 10 février 2016 a considérablement augmenté les pouvoirs unilatéraux du contractant dans le choix des sanctions à disposition. Cette mise à disposition de véritables droits de réaction n'est pas sans contrepartie. Dans tous les cas, le législateur a pris soin d'indiquer que la mise en œuvre de la sanction devait être adaptée à l'inexécution. Aussi la loi ne tolère-t-elle l'unilatéralisme qu'en face d'inexécutions « suffisamment graves ». En témoigne l'occurrence de l'expression pour la résolution[1251] unilatérale par voie de notification[1252] et pour l'exception d'inexécution avérée[1253] ou anticipée[1254]. Le fait de rompre un contrat pour une inexécution vénielle constitue, à n'en point douter, un abus de droit sur le fondement duquel les juges pourront sanctionner les créanciers trop abrupts dans leur réaction en octroyant des dommages-intérêts au débiteur[1255]. Ainsi, les quelques exemples jurisprudentiels dans lesquels l'inexécution n'avait pas été jugée suffisante témoignent d'une certaine surréaction de la part du créancier par laquelle il semblait avoir

---

[1250] BARBIER H., « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », art. préc.
[1251] LECUYER H., « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, op. cit.*, p.31 : la clause résolutoire peut, quant à elle, également faire l'objet d'une contrôle aboutissant au même résultat. Les juges se serviront alors du devoir de bonne foi.
[1252] Art. 1226, C. civ.
[1253] Art. 1119, C. civ. ; *adde* DESHAYES O., « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée », note sous Cass. civ. 1ère, 12 mai 2016, n°15-20834, RDC 2016, n°04, p.654 : « La durée de la relation contractuelle et l'absence d'information préalable ne suffisent pas à établir que la suspension immédiate du contrat par une partie est disproportionnée aux manquements commis par l'autre ».
[1254] Art. 1120, C. civ.
[1255] C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il ne s'agit pas de mesure de proportionnalité mais bien d'une mesure de prévention des abus : v. *Infra*, n°318 et s.

fait preuve d'une particulière impatience. Par exemple, la simple inexécution du contrat pendant une durée d'un mois[1256] ou un retard de paiement[1257] n'avait pas suffi à justifier une résolution unilatérale. Il en va de même pour l'exception d'inexécution où, par exemple, le fournisseur d'électricité serait malvenu de suspendre brutalement ses obligations au seul prétexte que son client a, par le passé, laissé une facture de faible montant impayée[1258]. Le devoir de réaction est ainsi contrebalancé par une exigence de mesure que l'on retrouve en filigrane dans la quasi-intégralité des sanctions de l'inexécution.

311. Le contrôle de l'usage abusif d'une prérogative contractuelle dans certains droits spéciaux – Certains contractants sont tenus, en vertu d'une obligation le plus souvent légale, de réagir pour assurer l'efficacité d'une obligation destinée à protéger un intérêt général. Si l'on a vu, dans la première partie de cette étude, que le droit cherche à légitimer les réponses apportées par le contractant dans le cadre de ce contentieux[1259], ce n'est finalement que lorsqu'une telle réaction protège une obligation d'ordre public (comme l'obligation de sécurité de l'employeur ou le devoir de vigilance). En revanche, le contractant qui souhaiterait simplement sanctionner l'autre partie pour une raison détachée de l'impérativité d'une loi retombe dans le contrôle classique de l'abus. Le même employeur peut ainsi être tenu à une obligation de sanctionner, voire de licencier le salarié fautif (en cas d'harcèlement sexuel, par exemple) et menacé par une déchéance du droit de se prévaloir d'une cause de licenciement pour faute pour ne pas s'en être prévalu en temps utile (la consultation de site pornographiques sur le lieu de travail). Dans le premier cas, la mise en œuvre d'une sanction pour assurer l'effectivité d'une obligation qui poursuit un intérêt général l'éloigne d'un éventuel contrôle de l'abus. Dans le second cas, en revanche, l'employeur est incité à la réaction : une fenêtre temporelle s'ouvre pendant laquelle il pourra sanctionner le salarié fautif. Il sait que son inertie menace son droit de sanction. Le droit veille alors à ce qu'il ne tombe pas dans l'excès inverse, celui de la surréaction. Ainsi, l'on a pu rencontrer en jurisprudence des employeurs condamnés sur le fondement du harcèlement moral pour avoir multiplié les sanctions disciplinaires dont l'effet répétitif avait eu pour conséquence

---

[1256] Cass. 1ère civ., 28 octobre 2003, n°01-03.662, RTD civ. 2004.89, obs. J. Mestre.
[1257] Cass. 3ème civ., 15 septembre 2015, n°13-24.726 et n°13-25.229.
[1258] DESHAYES O., « Exception d'inexécution », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2020, n°99, : exemple cité par l'auteur.
[1259] V. *Supra*, n°234.

de « rendre insupportable la poursuite de la relation de travail[1260] ». Face à la faute du salarié, l'employeur ne doit pas seulement réagir, mais réagir avec mesure et proportion. Dans le même esprit, en droit des sociétés, les associés sont également soumis à un contrôle de l'abus dans le cadre de la procédure de révocation du dirigeant fautif. Si ces derniers sont légitimes à le remercier lorsque la faute consiste en la violation d'une obligation légale, comme la violation d'un devoir de vigilance, il en va autrement lorsque la sanction intervient pour des motifs véniels ou qui ne relèvent pas de l'ordre public. Les juges se réservent, en effet, le droit d'opérer un contrôle de l'abus. Il peut s'opérer sur la justesse du motif dans les sociétés où les associés ont l'obligation de fournir un juste motif de révocation[1261]. Dans tous les cas, ils devront contrôler si le dirigeant remercié a été soumis au principe du contradictoire[1262]. Un tel contrôle s'exerce également sur les procédures d'exclusion des associés[1263]. Employeurs comme associés sont ainsi tenus à un devoir de réaction qui, lorsqu'il se détache de l'ordre public, leur impose

II. L'usage abusif d'un moyen procédural attaché au droit subjectif

312. La traduction procédurale du devoir de réaction du contractant – Les hypothèses d'abus dans la réponse apportée par le contractant se manifestent également dans les moyens procéduraux attachés au droit subjectif qui fait l'objet de son devoir de réaction. Une riposte excessivement brutale, quand bien même la réaction serait légitime, peut avoir des traductions procédurales dont les conséquences pratiques sont considérables. Les secousses d'une surréaction peuvent ainsi se faire ressentir sur le terrain procédural, aux frontières du devoir de réaction du contractant. Ainsi, le créancier qui, pour sanctionner son débiteur, décide de quérir du juge des

---

[1260] SAVATIER J., « Amnistie des sanctions disciplinaires. Incidence sur l'appréciation du harcèlement moral résultant de sanctions répétitives », Dr. soc., 2007. 653 ; v. par exemple : Cass. soc., 16 juin 2021, n°19-24.352 : les juges ont déduit l'existence d'un harcèlement moral de la part de l'employeur en raison des sanctions disciplinaires infligées au salarié de manière répétitive.

[1261] SAINTOURENS B., « Le juste motif de révocation du gérant sous le contrôle de la Cour de cassation : du fait au droit », note sous Cass. com., 15 mai 2020, BJS, 2020, n°5, p.33 ; v. également, pour le président et membre du directoire : Cass. com., 30 mars 2022, n°20-16168, BJS 2022, n°2.23, note J.-F. Barbiéri.

[1262] Par exemple : LUCAS F.-X., « Appréciation du caractère fautif et préjudiciable de la révocation d'un directeur général qui n'a pas été en mesure de se faire entendre », note sous Cass. com., 15 mai 2007, n°05-19464, RDC, 2008, n°2, p.418.

[1263] Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-13891, D.1998.400, obs. J.-C. Hallouin ; Rev. sociétés 1998.99, note B. Saintourens ; Bull. Joly 1998, 40, note P. Le Cannu, dr. des soc. 1998, p.10, note Th. Bonneau, RJDA 1/98, n°67 : même en présence d'une clause statutaire limitant le contrôle judiciaire, il appartient aux tribunaux de vérifier que l'exclusion n'est pas abusive ; v. également : VATINET R., « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? LPA, dossier spécial, n°117, 30 sept. 1998, p.58.

mesures de saisies conservatoires ou se tourne vers un huissier de justice pour qu'il prête son concours à une exécution forcée devra adopter un comportement exempt d'abus dans l'usage de ses droits processuels. Le devoir de réaction du contractant, même exercé légitimement, se heurtera à toute une série de limites, procédurales cette fois-ci, lui commandant à nouveau de se montrer mesuré.

313. Devoir de réaction et abus du droit d'ester en justice – Le contractant peut-il abuser de son droit processuel par excellence, celui d'agir en justice ? L'hypothèse, à la lumière du devoir de réaction, est vraisemblable. Un contractant qui se rendrait coupable d'une assignation brutale et intempestive pour des inexécutions vénielles pourrait engager sa responsabilité. C'est ce que laisse penser l'article 32-1 du code de procédure civile qui dispose que « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudices des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». L'on retrouve ici les deux versants de la réaction juridique : un devoir de réagir, que l'on peut ranger sous le dilatoire, et une exigence de mesure, que l'on peut rattacher à l'abusif. Pour autant, une analyse de la jurisprudence rendue sur ce fondement permet d'affirmer que seules les actions exercées d'une particulière mauvaise foi ou à la suite d'erreurs grossières peuvent être sanctionnées[1264]. Ce sont plutôt les actes dilatoires, ceux qui permettent de gagner illégitimement du temps, qui sont stigmatisés[1265] et illustrent un véritable devoir de réaction du plaideur. En revanche, rares semblent les hypothèses dans lesquelles un justiciable est sanctionné pour avoir agi en justice de manière brutale, répétitive ou inattendue. Par exemple, pour récupérer leur logement, des bailleurs avaient intenté des actions récurrentes à l'égard des locataires à tel point qu'une cour d'appel avait décidé de condamner les premiers pour abus du droit d'ester en justice. L'arrêt a été censuré par la Cour de cassation qui lui a reproché de ne pas avoir caractérisé la faute des bailleurs[1266]. Après avoir été relativement souple[1267] dans l'appréciation de l'abus de droit, la Cour de cassation semble revenir à une appréciation plus stricte, ce qui nous semble opportun dans

---

[1264] JEULAND E., *Droit processuel général*, 4e éd., LGDJ, 2018, n°291, p.431.
[1265] DESDEVISES Y., « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », D.1979, p.21.
[1266] ZALEWSKI V., « Bail et abus du droit d'agir en justice », AJDI 2007. 392, note sous Cass. 3ème civ., 9 janvier 2007, n°05-20.763.
[1267] REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle*, préf. Éric Savaux, Thèse, Dalloz, 2017, n°515, p.400 : la Cour de cassation considérait qu'un plaideur pouvait abuser de son droit « en agissant pour faire pression sur son débiteur, ou pour assouvir une névrose. La Cour de cassation a encore pu dire qu'une faute légère suffisait à caractériser l'abus. »

la mesure où il s'agit d'un droit fondamental[1268]. En partant du postulat que l'exercice du droit subjectif attaché au devoir de réaction est légitime, nous ne pensons pas qu'il est souhaitable qu'une action en justice soit jugée abusive pour la simple raison qu'elle est brutale ou excessive dès lors qu'elle est légitime[1269]. D'un autre côté, le juge dispose d'outils plus efficaces pour atténuer l'exercice parfois brutal et intolérant du créancier souhaitant recouvrer sa créance. Il peut, selon l'article 1228 du Code civil « constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur […] ». Cette règle, qui n'est qu'une rémanence des délais de grâce de l'article 1343-5 du même code[1270], nous semble suffisante pour contrer les ardeurs d'un créancier véhément, mais légitime. Toutefois, le critère du détournement de la fonction sociale des droits[1271] comme celui de l'intention de nuire[1272] nous laissent imaginer qu'un abus de droit d'agir en justice reste tout à fait possible. Cependant, le seul et simple fait d'avoir réagi d'une manière exagérément prompte ou brutale ne nous semble pas suffisant pour caractériser un abus. L'exercice excessif du devoir de réaction trouve, en revanche, des limites plus tangibles du côté des voies d'exécution.

314. Le devoir de réaction du contractant trouve ses limites dans les voies d'exécution attachées à son droit subjectif – Les voies d'exécution, en procédure civile, ont vocation à être mobilisées dans les cas où le créancier, placé face à une inexécution ou à un risque d'inexécution, va décider de contraindre le débiteur à s'exécuter. Les procédures civiles d'exécution peuvent s'analyser comme un droit destiné à servir, à renforcer les droits substantiels[1273]. Parce qu'elles en sont le pendant procédural, les limites opposables aux voies d'exécution vont nécessairement rejaillir sur le droit substantiel originel, et finalement sur le devoir de réaction lui-même. Il s'agit, comme l'intitulait le doyen Jacques Mestre, de « l'abus du droit de recouvrer sa

---

[1268] GUINCHARD S., CHANAIS C., FERRAND F. et MAYER L., *Procédure civile, droit interne et droit communautaire, op. cit*., n°149, p.132.
[1269] Cass. civ. 2ème, 13 mars 2003, n°01-17.418, BICC 15 juillet 2003, p.48, n°915 : « L'action en justice ne peut constituer un abus de droit dès que sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré ».
[1270] D'autres textes, de droit spécial cette fois-ci, prévoient des règles similaires : par exemple, l'article L.145-41 du Code de commerce en matière de baux commerciaux ou l'article L.314-20 du code de la consommation pour le débiteur d'un crédit à la consommation ou immobilier.
[1271] LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, *op. cit,* n°2213.154 *; adde* CAYROL N., *Droit de l'exécution, op. cit*., n°803, p.556.
[1272] CAYROL N., *loc. cit*., n°802, p.446.
[1273] ANSAULT J.-J., *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019, n°1, p.13.

créance[1274] ». Le devoir de réaction, parce qu'il induit la mise en œuvre d'un droit subjectif en temps utile, va exercer une pression sur son débiteur qui peut le pousser, dans certains cas, à chercher à se mettre à l'abri de tous reproches concernant ses diligences. Le contractant réagit manifestement à l'illicite, à l'inexécution d'une obligation. Il sait que, de plus en plus, le juge ou l'adversaire pourront lui reprocher son manque de réactivité : sa tolérance peut se transformer en renonciation, son hésitation et ses temps de réflexion en incohérence. Il a ainsi le devoir de réagir, mais, c'est le revers de la médaille, prend le risque d'adopter un comportement que l'on pourrait, tour à tour, qualifier de soudain sinon de brutal, d'intempestif ou encore d'intolérant. Le devoir de réaction, s'il n'est pas canalisé par de fermes limites, peut devenir l'instrument de toutes les dérives et vider la promesse d'efficacité qu'il transporte. Les limites procédurales se coupent aux limites substantielles. L'affirmation est vraie lorsqu'il s'agit d'intenter une action contre un débiteur qui n'a pas exécuté son obligation, elle l'est d'autant plus face à un débiteur qui en présente seulement le risque. Le juge doit alors apprécier le comportement du contractant dans ses aspects procéduraux. Il laisse entendre à ce dernier que sa réaction n'est pas une fin en soi dès lors qu'une certaine retenue ne l'accompagne pas. Il s'agit dès lors d'étudier l'essor du devoir de réaction dans ses conséquences les plus pratiques : jusqu'où peut aller le contractant dans la mise en œuvre de son devoir de réaction, et dont la créance est incontestée, sans se rendre coupable d'abus ?

315. Les voies d'exécution érigent des limites à une réaction abrupte du contractant – Nombreux sont les moyens de contraindre un débiteur à s'exécuter. Toutefois, les droits substantiels et procéduraux du créancier sont de plus en plus menacés sur leur versant comportemental[1275]. Les procédures civiles d'exécution font, en effet, régner sur les mesures qu'elles offrent un certain nombre de principes enjoignant au créancier d'en user avec « prudence et parcimonie[1276] ». L'objectif du législateur, qui découle de la loi du 9 juillet 1991, est d'instaurer un équilibre entre les droits de chacune des parties dont l'exigence de mesure est l'outil le plus évident[1277]. Ainsi, plusieurs articles du code des procédures civiles d'exécution donnent le ton : l'article L.111-7

[1274] MESTRE J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *in Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p.439 et s.
[1275] MESTRE J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », art. préc., n°17, p.444.
[1276] ANSAULT J.-J., *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°56, p.72.
[1277] DESDEVISES Y., « Équilibre et conciliation dans la réforme des procédures civiles d'exécution », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? - Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p.99 et s.

dispose que « l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation » tandis qu'à propos des saisies dans le cadre d'une exécution forcée, l'article L.121-2 offre au juge de l'exécution le pouvoir « d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie ». La règle illustre à la perfection les limites de l'exercice du devoir de réaction : à l'instant où l'efficacité de celui-ci s'effrite (soit parce que ses effets sont inutiles, soit parce qu'ils sont abusifs), le droit l'abandonne et le sanctionne. La réaction, lorsqu'elle perd son efficacité, devient dangereuse ; elle devient l'apanage du créancier querelleur. C'est pourquoi l'on retrouve, dans le droit des voies d'exécution, des contractants susceptibles de commettre un abus. Ils se rendent coupable de ce que le doyen Jacques Mestre appelle des « saisies exagérées[1278] ». Ces dernières s'illustrent lorsque les créanciers, pour s'assurer le recouvrement de leur dû, pèchent par excès dans l'usage d'une mesure conservatoire ou exécutoire. Ainsi, la mesure demandée par le créancier doit correspondre un tant soit peu aux conséquences effectives de l'inexécution : un contractant surréagit lorsqu'il pratique une saisie pour obtenir le paiement d'une créance modeste[1279]. Encore, engage sa responsabilité le plaideur coupable de la mise en œuvre précipitée d'une saisie-exécution malgré une disproportion manifeste entre la somme due et l'étendue de la mesure[1280] comme celui qui saisirait un compte dont le montant excède 200 fois sa cause[1281]. De même, la précipitation excessive avec laquelle un créancier avait fait vendre les biens de son débiteur avait pu être qualifiée d'abus par les juges du fond[1282]. Ces nombreux exemples démontrent la manière avec laquelle les limites opposables à l'exercice procédural du droit subjectif s'arriment au devoir de réaction en lui imposant une dose de mesure nécessaire. Nous avons vu, dans la première partie de cette étude, le lien fort qui unissait les droits à usage préventif et le devoir de réaction[1283]. À ce titre, les mesures conservatoires sont particulièrement sujettes

---

[1278] MESTRE J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », art. préc., n°37, p.456.
[1279] Cass., civ. 2ème, 10 mai 2007, n°05-13.628, D.2008.1167, obs. A. Leborgne : « Qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme il lui était demandé, si la sais-vente d'un tel bien était proportionnée au montant de la dette et alors qu'elle relevait que des mesures de saisie sur salaire était pratiquées par ailleurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés […] » ; v. également : PRÉVAULT J., « L'utilisation d'une procédure irrégulière et trop lourde pour recouvrer une créance minime constitue un abus de droit », D.1996, p.203.
[1280] Paris, 23 janvier 1995, JurisData 020079.
[1281] Cass., civ. 2ème, 9 juillet 1997, n°95-21.610.
[1282] Cass. civ. 2ème,13 décembre 1972, D.1973, som. 24.
[1283] V. *Supra*, n°58 et s.

à abus. Si la démarche « révèle l'anticipation d'un créancier avisé[1284] », elle est également sous le contrôle de l'article L.111-7 du code des procédures civiles d'exécution. Enfin, le contrôle de l'abus peut aussi s'exercer à travers la diligence des professionnels de l'exécution forcée. Ainsi, l'huissier de justice a l'obligation de prêter son concours à l'exécution forcée, mais peut, selon l'article L.122-1 du même code, refuser de le faire lorsque la demande présente les caractères d'un abus. Le devoir de réaction, dans toutes ces hypothèses, se retourne alors contre celui qui l'exerce.

316. Les conséquences d'un abus des mesures d'exécution – Le contractant qui, pour obtenir gain de cause, aurait exercé son devoir de réaction tout en exigeant des mesures manifestement abusives risque plusieurs sanctions. L'article L.121-2 du code des procédures civiles d'exécution prévoit deux sanctions principales. Tout d'abord, l'excès et la surréaction permettent au juge de l'exécution d'ordonner la mainlevée de la saisie. Par ailleurs, ce même article autorise les juges à condamner le créancier à des dommages-intérêts. La surréaction, en plus d'être inutile et excessive[1285], se retourne véritablement contre le créancier puisque celui-ci devient redevable à l'égard du débiteur. Enfin, les frais d'exécution forcée qui sont normalement à la charge du débiteur sont susceptibles d'être transférés sur la tête du créancier abusif[1286]. En toute hypothèse, l'abus commis par le créancier dans la mise en œuvre de son devoir de réaction constitue l'une des formes que peuvent prendre ses limites. Il s'agit pour le contractant d'adopter la bonne réaction face à l'illicite. Dans le monde processuel, comme dans celui du substantiel, il s'agit de favoriser la réactivité des plaideurs sans faire dérailler son efficacité qui ne se retrouve, finalement, que dans la réaction bien exercée. D'où, au-delà de la prohibition des abus, la nécessité pour lui d'éviter de la même manière les réactions inutiles, celles que l'on pourrait ranger sous la notion de proportionnalité[1287].

Paragraphe second : La mise en œuvre disproportionnée du droit subjectif objet du devoir de réaction

---

[1284] LEBORGNE A., *Droit de l'exécution – voies d'exécution et procédures de distribution*, 3e éd., Dalloz, 2019, n°2587, p.1073.
[1285] GAUTIER P.-Y., « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD Civ. 1995.797.
[1286] Art. L.111-8, al. 1er, C. proc. civ. ex.
[1287] ANSAULT J.-J., *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°56, p.73.

317. Annonce – Le concept de proportionnalité impose à celui qui l'emploie de rechercher s'il existe une adéquation des moyens employés au but poursuivi[1288]. La proportionnalité, dans de nombreuses branches du droit, existe en tant que principe. Ses plus éclatantes illustrations en droit administratif[1289], en droit européen[1290] et plus généralement dans l'application des droits fondamentaux[1291], n'empêchent pas que sa consécration ne soit qu'à l'état de question en droit privé[1292]. Sans pouvoir parler d'un principe, il existe toutefois une multitude d'applications de la notion de proportion en droit des contrats. D'abord, la proportionnalité serait principalement un outil d'équilibre contractuel tant il est vrai que, *stricto sensu*, la proportion dans l'exécution du contrat rappelle l'équilibre des prestations[1293]. L'exigence de proportionnalité ne se confond toutefois pas entièrement avec le déséquilibre. En effet, pour d'autres, la proportionnalité correspond aussi à « un rapport satisfaisant entre deux choses[1294] » qui, plus soucieuse des intérêts du cocontractant, pousserait celui qui y est soumis à un devoir de mesure dans l'utilisation de ses prérogatives, notamment des sanctions de l'inexécution. La disproportion se conçoit alors « comme une réponse excessive à la survenance d'un changement de circonstance[1295]». C'est de cette conception de la disproportion que découleront les développements suivants. Après avoir expliqué les raisons pour lesquelles le débiteur du devoir de réaction est soumis à une exigence de proportionnalité dans l'utilisation de ses prérogatives (**I**) nous passerons en revue ses applications (**II**).

I. La soumission du devoir de réaction à l'exigence de proportionnalité

[1288] BEHAR-TOUCHAIS M., « Rapport introductif », *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* LPA, dossier spécial, n°117, 30 sept. 1998, p.3 ; BAKOUCHE D., *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005 ; LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2000.
[1289] C.E., 19 mai 1933, Rec. Lebon, p.541.
[1290] GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 2017, n°208, p.104.
[1291] LEGENDRE R., *Droits fondamentaux et droit international privé*, préf. L. Gannagé, Dalloz, 2020, n°232, p.145 et s.
[1292] Des auteurs considèrent qu'il ne s'agit pas d'un principe : MALAURIE PH., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., Droit des obligations, *op. cit*., n°520, p.302 ; HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit.,* n°656, p.522 ; TERRÉ F., « La proportionnalité comme principe ? », JCP G, 2009, n°1, p.31.
[1293] CHANTEPIE G., SAUPHANOR-BROUILLAUD S., « Déséquilibre significatif », *in Rép. droit civil*, Dalloz, 2022, n°46 ; MALAURIE PH., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., *loc. cit.*
[1294] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* n°145, p.126.
[1295] MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°399, pp.454-455.

318. L'essor du principe de proportionnalité en droit des contrats et sa difficile distinction avec les notions existantes – En gagnant la matière contractuelle, la proportionnalité s'est heurtée à des concepts très proches si bien qu'il est difficile d'en offrir une définition étanche permettant de la distinguer clairement des limites issues des lignes qui précèdent. Par exemple, l'article 1143 du Code civil exige, pour caractériser un abus de dépendance, un avantage manifestement excessif. L'exigence d'une disproportion pour qualifier un abus brouille les pistes et les différences entre les deux notions. L'abus est-il une conséquence de la disproportion ou bien la disproportion n'est-elle qu'une forme d'abus ? Comme le remarquait le Professeur Molfessis, « l'exigence de proportionnalité n'est jamais assurée par la mise en œuvre d'un principe. Elle s'abrite le plus souvent derrière des appellations autres, toutes aussi floues ou imprécises : contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, sanction des excès, des déséquilibres ou encore du déraisonnable[1296] ». Si l'équilibre semble gouverner l'exigence de proportionnalité dans le contenu du contrat, la lutte contre l'excès inutile prend le dessus dès lors qu'il s'agit des sanctions. Muriel Fabre-Magnan remarquait en ce sens que « le terme de proportionnalité est en revanche mieux adapté à d'autres hypothèses du droit des contrats, ou il s'agit effectivement de contrôler l'existence d'un certain rapport (mais pas nécessairement d'égalité) entre deux grandeurs[1297] […] » avant de décliner les sanctions de l'inexécution. Sans pouvoir les rattacher à la notion d'équilibre contractuel, la proportionnalité leur sied tout autant[1298]. Cette fois-ci, il s'agit moins de préserver l'équilibre et de prévenir les abus que de maintenir la cohérence, l'efficacité et l'utilité sociale de la sanction. Le devoir de réaction trouve à nouveau ses limites là où s'essouffle son efficacité. Là encore, la proportionnalité se distingue très mal de l'abus. D'un côté, la proportionnalité s'en écarte, car elle est exclusive d'une intention de nuire. D'un autre côté, elle ressemble à l'abus puisqu'on tente d'empêcher le contractant de détourner son droit de sa fonction sociale. Par exemple, en matière de sanctions, il ne sera autorisé à se prévaloir de certaines sanctions qu'en cas d'inexécution suffisamment grave. En

---

[1296] MOLFESSIS N., « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?,* préc*.,* p.21. ; voir également en ce sens : TERRÉ F., « La proportionnalité comme principe ? », art. préc. : « Mieux vaut – semble-t-il, retenir qu'il existe de multiples voies permettant d'assurer l'harmonie des rapports contractuels, voire de la rétablir lorsqu'elle est manifestement perturbée, sans qu'il faille nécessairement s'aventurer du côté de l'équité » ; MALAURIE PH., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations*, *op. cit*., n°520, p.302 ; BÉNABENT A., « Un culte de la proportionnalité … un brin disproportionné ? », D.2016. 137 ; MÉNARD B., « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », D.2022, p.1.

[1297] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* n°145, p.126.

[1298] LARDEUX G., « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », JCP G n°18, mai 2021, doctr. 502.

s'efforçant de trouver un critère de distinction, il est possible d'avancer que la disproportion confine moins à la malice qu'à l'inutile. En droit des procédures civiles d'exécution par exemple, l'article L.121-2 opère une nette distinction entre les mesures « abusives » et « inutiles » dont seules les premières peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, tandis que la seconde donne lieu à une mainlevée de la saisie. Un auteur remarquait que l'appréciation de l'inutilité d'une mesure « passe ainsi par une subtile prise en compte d'un aspect économique immédiat, mais aussi par une réflexion nécessaire sur l'efficacité potentielle de la ou des procédures engagées dans l'avenir[1299] ». L'abus relèverait du quantitatif tandis que la proportionnalité du qualitatif. Cependant, le critère de l'inutilité pour distinguer la proportionnalité de l'abus n'est pas entièrement satisfaisant. Comme l'a justement souligné le Professeur Pierre-Yves Gautier, l'excès contient toujours sa part d'inutile[1300]. En toute hypothèse, l'exigence de proportionnalité met en lumière les limites de la réaction du contractant. Qu'elle sanctionne l'excès ou l'inutile découlant de la mise en œuvre du devoir de réaction, la proportionnalité vient retenir une réaction vidée de son efficacité. Quoi de plus inefficace que les ardeurs d'un créancier désireux de tirer sur « des moineaux avec un canon[1301] » ?

319. L'exigence de proportionnalité s'impose au débiteur du devoir de réaction - Dans le cadre de l'étude du devoir de réaction, les questions liées à la proportionnalité et à l'équilibre contractuel sont mises de côté au profit des seules applications ponctuelles en matière de sanctions de l'inexécution. En effet, prérogatives de réaction par excellence, les sanctions sont au cœur du devoir de réaction. Les menaces de déchéance pour absence de réactivité sont nombreuses et, nous l'avons vu, c'est très souvent la mise en œuvre des prérogatives qui déterminera l'accomplissement d'un devoir de réaction. Le contractant, qu'il agisse pour la préservation de son propre intérêt ou celui d'autrui, est soumis à un devoir de réaction particulièrement intense vis-à-vis des sanctions contractuelles à sa disposition. Comme pour l'abus, les limites inhérentes aux droits subjectifs dont il entend se prévaloir s'appliquent. Le contractant devra, en raison de l'exigence de proportionnalité applicable aux sanctions de l'inexécution, faire preuve

---

[1299] ANSAULT J.-J., *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n°56, p.72.
[1300] GAUTIER P.-Y., « Contre Bentham : l'inutile et le droit », art. préc. : « Le principe est donc le choix, mais l'excès dans la mise en œuvre des saisies, l'inutilité (ce qui n'est pas « nécessaire »), seront sanctionnés ».
[1301] BEHAR-TOUCHAIS M., « Rapport introductif », *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? art. préc.,* p.3.

de mesure et s'abstenir d'une réaction disproportionnée. Le danger d'une surréaction du contractant est ainsi, *a posteriori*, contrôlé par le droit.

II. L'application de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction

320. Annonce – Le droit des contrats connaît des applications ponctuelles de l'exigence de proportionnalité qui ne sont pas négligeables dans l'étude des limites du devoir de réaction. Plusieurs sanctions de l'inexécution sont, de manière certaine, soumises à un contrôle de proportionnalité dont le contractant doit tenir compte en réagissant (**A**). Celui-ci devrait trouver une nouvelle application dans le sillage de la probable consécration du devoir de minimiser son propre dommage en droit français (**B**). Enfin, notamment en droit spécial, l'exigence de proportionnalité peut être exclue dès lors que la prérogative accompagne une règle d'ordre public (**C**).

A. Les applications certaines de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction

321. La mise en œuvre d'une sanction dans le cadre de l'exercice du devoir de réaction – L'hypothèse d'un contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre des sanctions contractuelles, sans être nouvelle, n'en est pas moins de facture récente. C'est à propos de l'exécution forcée en nature qu'elle s'est d'abord manifestée. Dans une décision remarquée, la Cour de cassation avait, en effet, refusé d'exercer tout contrôle de proportionnalité en ordonnant la destruction d'un immeuble dont le niveau s'écartait de seulement quelques centimètres par rapport aux stipulations contractuelles[1302]. Le législateur est toutefois venu renverser cette position par la consécration d'un véritable contrôle de proportionnalité en matière d'exécution forcée à l'article 1221 du Code civil en lui érigeant une nouvelle exception, celle de la disproportion. Le juge peut refuser l'exécution forcée dès lors « qu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le

[1302] Cass. civ. 3ème, 11 mai 2005, n°03-21.136, RDI 2005.299, obs P. Malinvaud ; RTD civ. 2005. 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2006.323, obs. D. Mazeaud ; confirmé par Cass. civ. 3ème, 16 juin 2015, n°14-14.612 ; RDC 2015.839, obs. T. Genicon ; RTD civ. 2016.107, obs. H. Barbier.

créancier ». Malgré l'effritement de la sécurité juridique causé par une telle règle[1303], l'exigence de proportionnalité n'est pas exclusive à cette sanction. En effet, le remplacement permis par l'article 1222 du Code civil ne peut s'effectuer que dans « un délai et à un coût raisonnable ». Cette volonté de rendre adéquate la sanction à l'inexécution pourrait ensuite, comme le remarque un auteur, se lire dans les sanctions unilatérales[1304] : résolution unilatérale et exception d'inexécution sont toutes deux soumises à une exigence de gravité suffisante. Pour autant, nous avons fait le choix de classer ces dernières sanctions dans la catégorie de l'abus[1305] en ce que la surréaction donne lieu, dans leurs cas, à l'octroi de dommages-intérêts, ce qui rappelle davantage la sanction classique d'un abus. Pour ne s'en tenir qu'aux sanctions manifestement soumises à un contrôle de proportionnalité, c'est-à-dire celles destinées à obtenir l'exécution forcée d'un contrat, la sanction d'une disproportion résiderait davantage dans une impossibilité de se prévaloir de la sanction ou bien d'une réduction des dommages-intérêts (dans le cas du remplacement disproportionné, par exemple). En effet, en raisonnant par analogie avec l'exception d'impossibilité de l'exécution forcée, la conséquence logique d'une demande disproportionnée du créancier devrait être un refus, de la part du juge, de prononcer une telle sanction et de lui préférer une équivalence en nature[1306].

B. Les applications probables de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction

322. Le devoir de minimiser son propre dommage contient les outils d'un contrôle de proportionnalité – La probable consécration de l'obligation pour la victime de minimiser son propre dommage en droit français accueillie à l'article 1264 du projet de réforme de la responsabilité civile offrirait une nouvelle hypothèse dans laquelle un contrôle de proportionnalité aurait vocation à s'appliquer. Ce dernier dispose qu'une réduction des dommages et intérêts peut sanctionner la victime n'ayant pas pris « les mesures sûres, raisonnables et proportionnées » propres à éviter l'aggravation de leur

---

[1303] GENICON T., « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dr. et patr., n°240, oct. 2014, p.64. ; BARBIER H., « L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles », RTD civ. 2016, p.107.
[1304] LARDEUX G., « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », art. préc.
[1305] V. *Supra*, n°308 et s. ; inversement, il est possible de considérer que l'exception de disproportion de l'article 1121 du Code civil relève de l'abus de droit (par ex., CAYROL N., *Droit de l'exécution*, *op. cit.*, n°300, p.171).
[1306] FORTI V., « Exécution forcée en nature », *in Rép. droit. civ.*, Dalloz, 2021, n°61.

préjudice[1307]. Cette exigence de proportionnalité est bien connue du droit du commerce international, puisque l'article 75 de la CVIM n'autorise la prise en compte des mesures de remplacement mises en œuvre par le contractant que si ses frais sont raisonnables[1308], à l'instar de l'article 9 : 505 des principes du droit européens des contrats[1309] et à l'article 7.4.8 des principes Unidroit[1310]. Le standard du raisonnable vise ici l'hypothèse dans laquelle le contractant victime a, pour minimiser son dommage, décidé de remplacer le débiteur ou encore de la marchandise défectueuse et dont le prix n'est pas seulement supérieur au contrat de base, mais manifestement excessif. Sans revenir sur le devoir de réaction qu'induit nécessairement la minimisation du dommage[1311], force est de constater que celui-ci trouvera sa principale limite dans la proportionnalité des mesures diligentées. Il n'est, ici comme ailleurs, légitimé que dans l'hypothèse où son efficacité est préservée.

C. Les applications exclues de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction

323. L'exclusion du contrôle de proportionnalité au devoir de réaction visant à protéger d'un intérêt supérieur : quelques illustrations – Lorsque le devoir de réaction a pour fonction d'assurer l'efficacité d'une obligation légale protégeant un intérêt général[1312], le critère de proportionnalité de la réaction ne saurait entraver cette poursuite. Prenons l'exemple du droit du travail. Ce dernier est parcouru, de la même manière que le droit commun des obligations, d'une exigence de proportionnalité impliquant une adéquation des réactions aux fins recherchées[1313]. Un tel postulat suppose que les mesures, sanctions ou clauses contractuelles imposées par l'employeur ne puissant pas porter une atteinte démesurée aux droits des personnes et aux libertés individuelles. Un employeur ne saurait surréagir en licenciant un salarié pour une

---

[1307] SÉNAT, *Proposition de loi, Session extraordinaire de 2019-2020*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art. 1264.
[1308] WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », art. préc.
[1309] PRINCIPES EUROPÉENS DU DROIT DES CONTRATS, art. 9 : 505 : « le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagé ».
[1310] UNIDROIT, 2016, Art. 7.4.8 : « Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ».
[1311] V. *Supra*, n°181.
[1312] V. *Supra*, n°191.
[1313] Art. L.1121-1, C. trav. : "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

faute vénielle sans se rendre voir sa mesure requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse. La faute du salarié appelle une réaction adaptée à celle-ci. Toutefois, comme un auteur l'a démontré, « la seule caractérisation d'une atteinte aux droits ou libertés entraîne l'illicéité de certains actes ou agissements, ainsi stigmatisés par le droit, indépendamment de l'exigence de proportionnalité[1314] ». Autrement dit, l'atteinte aux droits de la personne, notamment de sa dignité, est parfois d'une gravité telle qu'aucun principe de proportionnalité ne saurait se voir appliquer aux mesures prises par l'employeur pour la sanctionner. Tel est le cas de la lutte contre le harcèlement moral et sexuel : lorsqu'un salarié subit des actes de harcèlement, l'atteinte qu'il subit « est hors de portée de l'exigence de proportionnalité[1315] » ce qui sous-entend que tous les moyens sont bons pour riposter. Tenu légalement d'un devoir de réaction face aux cas de harcèlements dans le cadre de son obligation de sécurité, l'employeur peut ainsi licencier (en cas d'harcèlement sexuel) ou prendre des mesures disciplinaires (si le harcèlement n'est que moral) sans risquer le reproche de la disproportion. On retrouve l'idée de la légitimation par le droit de la réaction du contractant visant à protéger un objectif d'intérêt général[1316]. Lorsque la loi oblige le contractant à veiller au respect des droits fondamentaux en l'obligeant à réagir à la moindre de leurs atteintes, le contrôle de proportionnalité (et d'abus) applicable en temps normal s'évapore au profit d'une sorte de blanc-seing judiciaire. Par analogie, nous pensons pouvoir soutenir que le devoir de réaction mis en œuvre par les personnes morales débitrices d'un devoir de vigilance devrait, de la même manière que pour l'employeur veillant à la dignité de ses salariés, échapper à tout contrôle de proportionnalité dans les réactions qu'elles apportent pour protéger les droits humains.

324. Conclusion de la première section – *A posteriori*, les limites du devoir de réaction sont à chercher dans l'exercice du droit subjectif qui en constitue son objet. La réaction du contractant face à l'illicéité, serait-elle favorisée, reste sous étroite surveillance par le biais de deux outils. Ceux-ci procèdent tous deux de la même idée, celle d'imposer de la mesure dans le comportement du contractant et plus particulièrement dans la manière dont il se prévaut d'une sanction. Le but est de préserver

---

[1314] GÉNIAUT B., *La proportionnalité dans les relations du travail – De l'exigence au principe*, Préf. A. Jeammaud, Dalloz, 2009, n°171, p.115.
[1315] *Ibid*., n°172, p.117
[1316] V. *Supra*, n°188 et s.

l'efficacité du devoir de réaction**.** Dès lors qu'elle se détache de celui-ci, la réaction du contractant devient dangereuse : elle semble inutile, brutale, bilieuse. D'un côté, le contrôle de l'abus veille à prohiber les excès et les exagérations : il prohibe les réactions abusives. Découlant principalement de la théorie de l'abus de droit, il se manifeste non seulement dans l'usage du droit subjectif substantiel, comme en matière de sanctions de l'inexécution ou de rupture brutale, mais aussi dans les moyens procéduraux attachés audit droit. Les procédures civiles d'exécution offrent ainsi de nombreux exemples par lesquels un créancier légitime et diligent peut voir sa réactivité se retourner contre lui dès lors que son comportement procédural, jugé exagéré et brutal, l'amènera finalement à dédommager la partie adverse. D'un autre côté, l'exigence de proportionnalité stigmatise les réactions inutiles. Sa pénétration en droit de contrat rend toutefois difficile la distinction de celle-ci avec d'autres notions existantes. En toutes hypothèses, la réforme du 10 février 2016 est venue donner plus de poids à l'exigence de proportionnalité que l'on retrouve désormais pour l'exécution forcée et, selon l'approche que l'on adopte, dans de nombreuses autres sanctions, comme s'il s'agissait de faire payer au contractant le prix de son unilatéralisme fraîchement acquis par davantage de contrôle judiciaire : cela aboutit au paradoxe selon lequel les parties ont plus de liberté tandis que les juges obtiennent davantage de pouvoir. Ce pouvoir permet de canaliser la réaction des contractants en stigmatisant celles qui sont le moins efficaces. L'exigence de proportionnalité fait ressortir une méfiance à l'égard de la tendance du créancier à surréagir et instaure des garde-fous qui se surajoutent à un formalisme destiné, lui aussi, à canaliser les réactions des contractants.

Section seconde : L'exigence de formalisme dans la mise en œuvre du devoir de réaction

325. L'essor du formalisme en droit des contrats : canaliser les réactions des contractants vers la plus grande efficacité possible – La définition du devoir de réaction insiste sur le caractère approprié de la réponse apportée par le contractant. En partie esquissées dans la première partie de cette étude[1317], les exigences de formes accompagnant la mise en œuvre du devoir de réaction peuvent s'analyser comme des limites à celui-ci. La réaction appropriée suppose ainsi d'agir avec mesure et de ne pas abuser de son droit, mais aussi de respecter, lorsqu'elles existent, les exigences formelles accessoires attachées à la mise en œuvre du droit subjectif. Le formalisme peut se définir comme une tendance à « multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits[1318] […] ». Cette exigence peut s'analyser de plusieurs manières : elle s'inscrit tout d'abord dans le phénomène de procéduralisation[1319] ou, du moins, de l'essor des règles instituant des processus, c'est-à-dire « une prétention du législateur contemporain à régir les comportements sous tous leurs aspects, trahissant un droit dirigiste, bureaucratique, qui contraste avec l'hypothèse de son désengagement[1320]». Le législateur semble en effet avoir recréé des espaces procéduraux là où, jadis, le juge occupait une place, laissée vacante au gré des réformes. Ce formalisme ne vise pas simplement à accompagner le contractant dans la mise en œuvre de ses droits et devoirs, mais s'impose comme une étape impérative dont les sanctions sont parfois difficiles à déterminer. À la lumière du devoir de réaction, ce caractère dirigiste conduit, par ailleurs, à analyser l'essor du formalisme comme un outil de prévention de la brutalité de la réponse apportée par le contractant. Une mise en demeure ou une obligation de motivation peuvent ainsi se révéler être les marqueurs précieux d'une réaction jugée souhaitable par le droit. Enfin, lorsque les enjeux dépassent les intérêts des parties, comme lorsque le

---

[1317] V. *Supra*, n°105 et s.

[1318] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* v° formalisme.

[1319] JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp.66-67 : l'auteur distingue la procéduralisation au sens fort et la procéduralisation au sens faible. Notre cas de figure correspond davantage au deuxième sens : l'auteur la définit comme « l'institution d'une procédure pour l'édiction de règles ou la prise de décisions. Il peut s'agir d'une information ou d'une consultation préalable de porteurs ou de représentants des intérêts en cause […] de l'accomplissement de formalités ou du respect de certains délais. ; v. également en ce sens : LAGARDE X., La procéduralisation du droit privé, in *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PU Rouen, 2004, n°16, p.156.

[1320] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.896.

devoir de réaction assure l'efficacité d'une obligation d'intérêt général, le formalisme peut – doit – ressurgir pour indiquer au contractant comment atteindre efficacement l'objectif posé par le législateur qui lui délègue de plus en plus son rôle de surveillant et de régulateur. Dans tous les cas, le formalisme imposé au débiteur cherche à canaliser sa réaction vers la plus grande efficacité possible : prévenir un contentieux surabondant en matière de sanctions de l'inexécution, éviter les comportements brutaux, soudain et intolérant, permettre davantage de justice dans une procédure de licenciement ou encore s'assurer de l'efficacité d'une obligation légale protégeant un intérêt général.

326. Annonce – Dans l'étude du devoir de réaction, le formalisme revêt un rôle important. L'on sait déjà le rôle qu'il peut jouer dans la phase d'exigence du devoir de réaction d'autrui avec, notamment, les actions interrogatoires permettant de s'assurer de la volonté du renonçant qui imposent au titulaire d'un droit de se prononcer par un acte dans un délai raisonnable. En aval désormais, lorsque la réaction est mise en œuvre, le formalisme retrouve une place d'autant plus importante qu'il va permettre de canaliser la réaction des contractants en atténuant, autant que faire se peut, les effets de leur éventuelle dangerosité. Ainsi, le devoir de réaction n'est pas, dans de nombreux cas, chimiquement pur. Il s'accompagne souvent d'exigences formelles destinées soit à adoucir la réaction du contractant (**paragraphe premier**) soit à accroître l'efficacité de la réaction du contractant (**paragraphe second**). Les premières accompagnent, le plus souvent, l'exercice du devoir de réaction assurant l'efficacité du contrat tandis que les secondes se retrouvent accolé à celui destiné à assurer l'efficacité d'une obligation poursuivant un intérêt général.

Paragraphe premier : Les exigences de formalisme destinées à adoucir la réaction du contractant

327. Annonce — Adoucir tout en assurant la réaction du contractant suppose d'accoler au droit subjectif un certain nombre d'exigences formelles, d'étapes à respecter, destinées à extirper les caractères fautifs de la réponse. Pour prévenir son caractère brutal, soudain, arbitraire ou encore intempestif, la réaction du contractant est parfois soumise à des exigences formelles. Cette volonté de protection du destinataire ressort également du qualificatif de « bonne foi formelle » qu'utilise justement un auteur

pour les désigner[1321]. Ces exigences formelles sont tantôt temporelles (**I**), lorsqu'elles sont destinées à temporiser la réaction de son titulaire, tantôt matérielles (**II**). Dans les deux cas, elles visent à préserver le débiteur des abus et à assurer au créancier l'efficacité de sa réaction.

I. Les exigences formelles temporelles

328. Plusieurs types d'exigences formelles temporelles – Les exigences formelles temporelles désignent toute exigence de forme pesant sur le contractant destinée à endiguer l'impatience du créancier dans la mise en œuvre de ses droits subjectifs par l'usage d'un mécanisme influant directement sur le temps. Elles permettent de temporiser la relation contractuelle et d'offrir au débiteur, au moins une chance de rebondir économiquement, au mieux une dernière chance pour exécuter ses obligations[1322]. Il s'agit, là encore, de limiter la dangerosité de l'exercice soudain et brutal d'un devoir de réaction. Face à une inexécution, le contractant qui a parfois le devoir de sanctionner son débiteur sous peine de se rendre coupable de mauvaise foi se heurte alors à l'exigence de mise en demeure (A). Il n'y a qu'en cas d'urgence qu'il peut s'en passer. D'un autre côté, la partie à un contrat à durée indéterminée dispose d'un droit de rupture qui ne saurait s'exercer sans préavis (B).

A. La mise en demeure

329. La mise en demeure, déclaration formelle permettant d'adoucir la réaction du contractant – Le débiteur du devoir de réaction doit tenir compte de l'exigence croissante de faire précéder l'exercice de son droit subjectif d'une mise en demeure[1323]. Cette dernière peut se définir comme la « déclaration formelle de volonté du créancier, adressée au débiteur, d'obtenir le paiement d'une obligation par hypothèse exigible, mais qui n'a pas encore été exécutée[1324] » ou, plus généralement « de l'exécution d'une obligation[1325] ». Elle cherche à souligner que la patience du créancier

---

[1321] MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°409, p.470.
[1322] PANCRAZI M.-E., « Existe-t-il une seconde chance dans la vie des affaires ? Aspects de fond », *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *préc.*, p. 59 et s.
[1323] MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°416, p.479.
[1324] GRÉAU F., « Mise en demeure », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, n°176, p.743.
[1325] DESHAYES O., « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », RDC, 7 mars 2019, n°1, p.29.

est arrivée à son terme, que vient pour lui le temps de réagir. La forme que peut prendre cette dernière est assez libre. L'article 1344 du Code civil dispose en effet qu'une sommation ou un acte portant interpellation suffisante constituent une mise en demeure. Classiquement, la mise en demeure est analysée en doctrine comme un moyen efficace de constitution de preuve du retard dans l'exécution, mais aussi comme l'avertissement venant offrir une ultime chance au débiteur de s'exécuter[1326]. Dans une perspective plus large, elle vient contrer l'impatience[1327] du créancier et permet d'encadrer sa réaction en lui conférant les traits de la justice et de la légitimité[1328], car c'est finalement cette même impatience qui pourrait dégénérer en abus. La mise en demeure est un outil connu de longue date en matière contractuelle, mais sa prolifération[1329] dans les processus accessoires à la mise en œuvre des sanctions de l'inexécution est une œuvre de la réforme du 10 février 2016. Hormis l'exception d'inexécution et la résolution judiciaire, toutes les sanctions de l'inexécution sont adossées à l'exigence d'une mise en demeure préalable. Sans tous les citer, il en est ainsi de l'exécution forcée[1330], de la résolution unilatérale[1331] ou de l'engagement de la responsabilité contractuelle[1332]. Une mise en demeure n'a pas nécessairement pour objet la réclamation d'une créance, et peut tout à fait peser sur le créancier du devoir de réaction. L'article 1307-1 du Code civil, par exemple, offre au débiteur un choix entre les prestations d'une obligation alternative. S'il ne réagit pas dans le délai imparti, l'autre partie peut exercer elle-même ce choix à condition d'avoir mis en demeure le débiteur. Si l'on voit, à travers cet exemple, que le droit stigmatise l'absence de réponse, l'article 1307-1 illustre également ce balancement entre le devoir de réaction du débiteur et le devoir de mesure du créancier victime de l'inertie. De manière générale, à travers les exigences de mise en demeure, le législateur démontre ici sa volonté « d'imposer une certaine patience [au créancier] avant de lui permettre d'obtenir

---

[1326] *Ibid.* ; v. également : CHANTEPIE G., « Contrats : effets – devoir d'exécuter le contrat », *in Rép. droit civ.*, Dalloz, 2020, n°175.
[1327] GRÉAU F., « Mise en demeure », *loc. cit.*, n°176, p.743.
[1328] JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », in. CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, *op. cit.*, p.66-67 : L'objectif serait à la fois d'assurer à la décision ou à la règle future qualité (justice autant que justesse) et légitimité (la rendre acceptable sinon satisfaisante pour tous, et dissuader de la contester).
[1329] Seul l'ancien article 1146 du Code civil exigeait la mise en demeure du débiteur à propos de l'allocation de dommages-intérêts.
[1330] Art. 1221, C. civ.
[1331] Art. 1226, C. civ. ; sur l'instauration de moyens préventifs à l'abus dans la résolution unilatérale, un auteur a très tôt souligné la nécessité d'une exigence de mise en demeure : AMRANI-MEKKI S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Defrénois, mars 2003, n°6, p.369.
[1332] Art. 1231, C. civ. : sauf si l'inexécution est définitive.

satisfaction par la contrainte ou d'anéantir le lien contractuel[1333] ». La multiplication de telles exigences formelles laisse également transparaître la volonté de guider le comportement des parties dans un contexte de recul judiciaire marqué[1334]. Cet essor du formalisme se comprend dès lors beaucoup mieux. Si l'objectif annoncé de la réforme est de désengorger les tribunaux, le législateur a fait le choix de décrire minutieusement le bon usage des sanctions contractuelles sans lequel la réforme aurait nécessairement eu un effet pervers. Sans processus désigné, le contentieux aurait artificiellement gonflé sous le poids des assignations pour abus et mauvaise foi sur les fondements de règles vagues, incertaines et sujettes à interprétation. L'on pourrait toutefois répondre que les exigences formelles peuvent également constituer de nouvelles sources de contentieux et qu'elles n'en sont pas moins nimbées d'incertitudes. Concernant le devoir de réaction, cependant, son débiteur se voit sommé de réagir. Mais, en composant avec un tel formalisme, il se voit également sommé de ne pas surréagir. De telles limites au devoir de réaction emportent avec elles la question de la sanction du non-respect du processus contractuel.

330. Les sanctions variables du non-respect de la mise en demeure dans la mise en œuvre du devoir de réaction – Les sanctions du défaut de mise en demeure sont aussi variées que les branches du droit, et peut-être même que les textes de lois qui l'imposent. En droit du travail par exemple, le défaut de mise en demeure du salarié dans le cadre d'une procédure de licenciement déchoit l'employeur du droit de se prévaloir de la faute pour justifier le licenciement du salarié[1335]. Comme le remarquait Nicolas Balat, « lorsque des textes exigent une mise en demeure préalable à l'exercice d'un droit, la jurisprudence prive le plus souvent d'efficacité l'acte qui ne respecte pas ce préalable[1336] […] ». Toutefois, d'autres exemples démontrent que le défaut de mise en demeure n'a d'incidence que sur cette dernière, c'est-à-dire que le droit subjectif mis en œuvre subsiste sans les effets particuliers attachés à l'exercice de la mise en demeure. Un

---

[1333] GRÉAU F., « Mise en demeure », in. *Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°176, p.743.
[1334] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.900.
[1335] Cass. soc., 24 janvier 2007, n°05-43.755 ; sur l'importance de la bonne rédaction d'une lettre de mise en demeure de l'employeur : Cass. soc., 18 mars 2015, n°13-28.481 : une lettre intitulée « mise en demeure de justification d'absence » avait été requalifiée par les juges du fond en simple lettre d'avertissement et empêchait ainsi l'employeur des faits reprochés au salarié pour justifier un licenciement.
[1336] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.905 : citant, par exemple, le défaut de mise en demeure à la résiliation d'un bail rural pour défaut de paiement (Cass. 3ème civ., 7 septembre 2017, n°16-19.874) ou celui de la déchéance du terme pour défaillance de l'emprunter non commerçant (Cass. 1ère civ., 22 juin 2017, n°16-18.418).

bailleur commercial avait ainsi délivré, sans mise en demeure préalable, un congé avec refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes sans offre d'indemnité d'éviction. La cour d'appel, prononçant la nullité du congé, a vu son arrêt censuré par les hauts magistrats qui ont décidé que l'absence de mise en demeure « laisse subsister le congé et le droit pour le preneur au paiement d'une indemnité d'éviction[1337] ». En droit commercial, seul le congé pour motifs graves doit être précédé d'une mise en demeure[1338]. Ainsi, le défaut de mise en demeure n'a aucune conséquence sur le congé classique, qui doit être jugé valable. Une infraction à une exigence de formalisme peut ainsi avoir des conséquences redoutables, notamment lorsque la sanction de la nullité est expressément prévue par la loi[1339]. Les difficultés surgissent lorsque les textes ne prévoient aucune sanction. Tel est le cas des sanctions de l'inexécution issues de la réforme du 10 février 2016. S'interrogeant sur cette problématique aux enjeux pratiques décisifs, le Professeur Balat avance deux hypothèses. La première serait celle d'une sanction systématique, la seconde d'une sanction casuistique du défaut de mise en demeure[1340]. Concernant la première, une telle sanction ne pourrait consister qu'en l'octroi de dommages-intérêts. En effet, il convient d'évincer la nullité ou la paralysie du droit subjectif mis en œuvre. Contrairement aux exemples susvisés dans lesquels l'objectif était de protéger une partie jugée faible, il s'agit, en droit commun, de trouver un juste équilibre entre la protection du créancier légitime et la prévention, à l'égard du débiteur, du caractère potentiellement dangereux de certaines prérogatives unilatérales[1341]. Empêcher le créancier de se prévaloir d'une sanction de l'inexécution pour la simple raison qu'il n'a pas respecté une exigence de formalisme porterait une atteinte disproportionnée à son droit de créance. Au regard de la jurisprudence *Les Maréchaux,* qui admet qu'une prérogative puisse être paralysée pour sa mise en œuvre de mauvaise foi lorsque celle-ci ne porte pas sur la substance de la créance, l'on voit mal comment les juges pourraient paralyser le droit à l'exécution forcée du créancier pour une simple contravention à l'exigence de mise en demeure. En effet, cette dernière pouvant s'assimiler à de la mauvaise foi [1342]en raison de son caractère brutal, elle ne peut être

---

[1337] Cass. 3ème civ., 15 mai 2008, n°07-12.669, AJDI 2008. 846, obs. J.-P. Blatter.
[1338] Art. L.145-17, C. com.
[1339] Ce qui est le cas des exemples susvisés.
[1340] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.904.
[1341] GRÉAU F., « Mise en demeure », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°176, p.747.
[1342] MOLINA L., Les prérogatives contractuelles, th. préc., n°409, p.470 : L'auteur parle, à cet égard, de « bonne foi formelle » pour qualifier les exigences formelles dont fait partie la mise en demeure.

sanctionnée de telle manière à ce qu'elle porte atteinte à la substance de la créance. Tel est le cas si le créancier était placé dans l'impossibilité de se prévaloir de l'exécution forcée du contrat. Pour finir de s'en convaincre, deux arguments supplémentaires peuvent être avancés. D'abord, l'exigence de mise en demeure n'est pas d'ordre public et peut tout à fait être écartée par les parties[1343]. Ensuite, l'exception de l'urgence, qui dispense le créancier d'une mise en demeure du débiteur[1344] défaillant lorsqu'il décide de mettre en œuvre la résolution unilatérale par voie de notification, peut mettre le créancier dans une position d'insécurité juridique intenable. D'un côté, il est tenu à un devoir de réaction face au dysfonctionnement du contrat lui imposant parfois de se prévaloir d'une sanction. De plus, un jour peut-être, il pourrait voir cette exigence accrue par la consécration du devoir de minimiser son dommage à travers lequel on pourrait lui reprocher d'avoir choisi de mettre en demeure son débiteur alors que la situation présentait manifestement les caractères de l'urgence[1345]. Mais d'un autre côté, il serait sous la menace d'une paralysie de sa prérogative *via* la nullité l'acte unilatéral mettant en œuvre l'article 1226 du Code civil. Il serait dès lors conduit à devoir arbitrer entre deux situations selon une logique du tout ou rien. C'est la raison pour laquelle nous pensons que seule la responsabilité civile du contractant peut être engagée ce que conforte, par ailleurs, l'adage « *pas de nullité sans texte* ». Pour aller plus loin, nous pensons, à la suite du Professeur Balat, qu'il serait même souhaitable que les tribunaux exigent la démonstration d'un préjudice pour sanctionner l'absence de mise en demeure du créancier[1346] adoptant ainsi une approche casuistique de la sanction de l'absence de mise en demeure. *Ab initio*, une telle infraction au formalisme ne doit pas être sanctionnée. L'exigence de mise en demeure, en droit commun, doit être lue pour ce qu'elle est : un outil de prévention d'abus. Elle doit être sanctionnée en ce sens, sur le seul fondement de la responsabilité civile dès lors que le débiteur aura souffert d'un préjudice[1347]. S'il prouve l'abus que la loi a tenté de prévenir,

---

[1343] Art. 1344, C. civ. : « Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation. ; v. également Art. 1225, C. civ., al. 2 : « La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. »

[1344] Art. 1226, C. civ.

[1345] V. *Supra*, n°182.

[1346] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.904.

[1347] Le droit des assurances donne, en ce sens, un exemple inspirant : l'assuré ne peut être sanctionné par la déchéance de sa garantie déclarée tardivement que si l'assureur prouve qu'il a subi un préjudice (art. L.113, 2, 3°, C. ass.). De la même manière, le débiteur devrait avoir à démontrer un préjudice pour que son créancier soit sanctionné pour défaut de mise en demeure ; en procédure civile, l'adage « *pas de nullité sans grief* » rappelle également que le plaideur ne peut invoquer la nullité d'un acte de procédure qu'à charge pour lui de prouver qu'il a subi un grief.

son préjudice devra être réparé en même temps que la créance conservée. C'est, du moins, la conclusion que nous pouvons tirer au regard de l'objectif d'efficacité que poursuit le devoir de réaction. Ce n'est que lorsqu'il sous-tend une surréaction, et donc un préjudice, que le devoir de réaction sans mise en demeure peut être sanctionné.

331. Le devoir de réaction exercé sans mise en demeure : l'exception d'urgence de la résolution unilatérale de l'article 1226 du Code civil — Au-delà de l'exception de la stipulation contractuelle contraire[1348], le contractant peut être dispensé de l'exigence de préavis pour certaines sanctions de l'inexécution dès lors qu'elles présentent un caractère urgent : prestation de livraison pour une date précise, denrées périssables *etc*. L'urgence constitue souvent une source d'exception aux règles du droit privé[1349]. La résolution unilatérale par voie de notification que l'article 1226 du Code civil en est un bon exemple, car elle permet de mettre en œuvre sans mise en demeure dès lors que le contractant fait face à une situation d'urgence. Là aussi, le créancier va devoir agir à l'aune d'un standard dont on connaît mal les contours et les futures applications. Il est cependant raisonnable d'imaginer qu'un véritable devoir de réaction va peser sur le créancier placé face à une inexécution qui présente les caractères de l'urgence. Pour être le plus efficace possible dans le traitement du dysfonctionnement contractuel, le devoir de réaction ne doit pas être entravé d'un délai de préavis qui ne conduirait qu'à l'aggravation du dommage. Si le devoir de minimiser le dommage est un jour consacré, un contractant face à une situation d'urgence pourra peut-être être condamné pour avoir privilégié la mise en demeure sur la rupture immédiate. Il en irait de même, par exemple pour les exceptions d'inexécution des articles 1220 et 1221 du Code civil dont le respect des mises en demeure face à des circonstances urgentes pourrait se révéler contradictoire. En toute hypothèse, le devoir de réaction n'est ainsi pas toujours inhibé par des exigences formelles temporelle et doit parfois pouvoir être exercé de manière complètement libre.

B. Les délais de préavis

[1348] Évincer l'exigence de mise en demeure par une clause contractuelle peut, en droit de la consommation, revêtir un caractère abusif. Ainsi, pour certains droits protecteurs, la temporisation de la réaction du professionnel fait l'objet d'une vigilance accrue de la part des juges : v. par exemple, sur les clauses évinçant la mise en demeure pour la déchéance du terme : CATTALANO G., « Déchéance du terme sans mise en demeure : abus ou liberté contractuelle », note sous Cass. civ. 1ère, 16 juin 2021, n°20-12154, LEDC, sept. 2021, n°08, p.4.

[1349] JESTAZ PH., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1968.

332. Les délais de préavis, exigence formelle permettant d'adoucir la réaction du contractant – Dans le cadre de son devoir de réaction, le débiteur peut être amené à rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée face au dysfonctionnement de ce dernier. Ce peut être pour des raisons économiques ou parce que le contrat ne lui permet pas de s'accorder avec une obligation légale de vigilance par exemple. Quelle qu'en soit la raison, il doit impérativement respecter, lorsque c'est nécessaire[1350], un délai de préavis dans l'exercice de sa prérogative de rupture[1351]. Celui-ci peut se définir comme « la notification d'une décision de rupture unilatérale du contrat et, par métonymie, le délai devant s'écouler entre cette notification et la prise d'effet de la décision[1352] ». Cette exigence formelle s'analyse classiquement comme un outil de prévention de la brutalité d'une rupture contractuelle[1353], comme un « antagonisme de la brutalité [1354]» ménageant les intérêts du cocontractant qui doit pouvoir bénéficier d'un laps de temps pour réorganiser son activité et, plus généralement, « de se préparer à la modification à venir[1355]». Elle permet ainsi d'adoucir la réaction du contractant dans l'utilisation de ses prérogatives unilatérales. Les parties peuvent toutefois s'en dispenser face à une situation urgente ou, du moins, à condition de brandir un « juste motif de rupture[1356]». Le contractant soumis au devoir de réaction doit, là aussi, arbitrer entre l'urgence des circonstances et l'exigence de mesure. Le délai de préavis se rencontre dans toutes les branches du droit des contrats, du contrat de bail[1357] au contrat de travail[1358] en passant par les contrats de consommation[1359]. De longue date, le préavis a été généralisé à tous les contrats à durée indéterminée[1360] et à exécution successive[1361] à travers le fondement du devoir de bonne foi avant de trouver une assise textuelle, à la suite de la réforme du 10 février 2016, à l'article 1211 du Code civil qui dispose que chaque partie

---

[1350] Offrir un délai de préavis n'est pas une règle générale s'appliquant à toutes les situations, ni à toutes les ruptures. Par exemple, le contrat de mandat peut être rompu sans préavis (art. 2004, C.civ).
[1351] Les sanctions de l'inexécution ne sont pas concernées par la condition d'un préavis.
[1352] ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « Préavis », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°204, p.859.
[1353] AMRANI-MEKKI S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc.
[1354] MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°429, p.499.
[1355] *Ibid*., n°428, p.497.
[1356] Cass. civ. 1ère, 11 mars 2014, n°12-29.876 ; RDC 2014.355, obs. Y.-M. Laithier.
[1357] Art. 1736, C. civ.
[1358] Art. L.1234-1, C. trav.
[1359] Art. R.212-1, C. cons.
[1360] Cass. com., 8 avril 1986, n°84-12.943 : Bull. civ. IV., n°58 ; Cass. 1ère civ., 21 février 2006, n°02-21.240 : « si la partie qui met fin à un contrat de durée indéterminée dans le respect des modalités prévues n'a pas à justifier d'un quelconque motif, le juge peut néanmoins, à partir de l'examen de circonstances établies, retenir la faute faisant dégénérer en abus l'exercice du droit de rompre ». ; Cass. com., 31 mai 1994, n°92-12.548.
[1361] Cass. 1ère civ., 5 février 1985, Bull. civ. I, n°54, p.52 ; RTD civ. 1986.105, obs. J. Mestre.

peut y mettre fin sous réserve de « respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». Comme le remarquait un auteur, l'article 1104 permettra encore à la jurisprudence « d'exiger un délai de prévenance chaque fois que la prise d'effet brutale de la décision apparaît contraire à la bonne foi[1362] ». Le devoir de réaction est ainsi neutralisé par son fondement même, qui exige davantage une bonne réaction qu'une réaction à tout prix. En exerçant son devoir de réaction, un contractant peut se rendre coupable d'une rupture brutale dès lors qu'il n'a respecté aucun préavis ou, du moins, un préavis jugé suffisamment long. Prenons l'exemple du droit des pratiques restrictives de concurrence où l'article L.442-1, II du Code de commerce concentre un contentieux nourri à propos de la rupture brutale des relations commerciales établies. Le texte permet d'engager la responsabilité civile du contractant professionnel qui aurait rompu un contrat sans avoir octroyé au partenaire un délai de préavis suffisant. La brutalité de la rupture est ainsi érigée en condition de mise en œuvre du texte légal[1363]. La rupture, comme sa brutalité, sont appréciées largement. La première peut, par exemple, résulter d'une modification substantielle des conditions de vente[1364], ou de la suppression d'une exclusivité[1365]. La limitation de la réaction du contractant n'intègre donc pas seulement la rupture, au sens strict, du contrat, mais toutes les prérogatives qui peuvent y conduire. L'analyse de la brutalité, quant à elle, est conditionnée à l'existence d'un délai de préavis, du moins d'un délai de préavis suffisant[1366]. Un contractant peut ainsi se rendre coupable d'une faute dans l'usage de ses prérogatives lorsqu'il surréagit. Le devoir de réaction qui pèse sur lui est ainsi contrebalancée par une prohibition des actes brutaux qui érigent lui érige de solides limites, visant à la fois à sanctionner l'abus, mais aussi à canaliser les réactions des contractants vers celle qui serait la plus saine possible. Autrement dit, l'objectif d'efficacité que poursuit le devoir de réaction est tempéré par des mécanismes juridiques, formels en l'occurrence, mais aussi substantiels, destinés à rendre un tel objectif acceptable par l'ordre social.

II. Les exigences formelles matérielles

[1362] ETIENNEY-DE SAINTE MARIE A., « Préavis », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, n°204, p.859.
[1363] BLAISE J.-B., DESGORCES R., *Droit des affaires*, 11e éd., LGDJ, n°1012, p.548.
[1364] Versailles, 6 mars 2003, n°01-623, RJDA 2003/7, n°685.
[1365] Cass. com., 10 février 2015, n°13-26.414, JCP E 2015, n°1180, note S. Le Gac-Pech.
[1366] DISSAUX N., LOIR R., *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n°606, p.317.

333. L'adoucissement de la réaction par la bonne communication entre contractants – La recherche, par le droit, d'un devoir de réaction contrôlé permet de lui opposer d'autres limites qui, au-delà des exigences formelles permettant de temporiser la réaction du contractant, se retrouvent dans les formalités destinées à l'adoucir. Il s'agit de communiquer une décision, une réaction avec plus ou moins de détail. L'exigence formelle la plus légère consiste tout d'abord à notifier au contractant sa décision unilatérale. La notification est, avant tout, un mécanisme informatif[1367]. Elle a pour fonction de « porter à la connaissance d'une personne un fait, un acte ou un projet d'acte qui la concerne individuellement[1368] ». La notification reflète le niveau d'exigence minimum de formalité que l'on retrouve en droit des contrats[1369] et ne concerne que les prérogatives unilatérales. Dans certains cas, elle doit obéir à des critères de précisions pour être considérée comme acquise : ainsi, la CVIM impose à l'acheteur de dénoncer un défaut de marchandise dans un délai raisonnable dans le cadre d'une notification suffisamment précise (elle doit préciser la nature du défaut) sans quoi celle-ci ne sera pas prise en compte par les juges[1370]. Au-delà de la notification, l'exigence formelle permettant d'adoucir au mieux une réaction soudaine et intempestive du contractant est celle lui imposant de motiver sa décision.

334. L'obligation de motivation, limite formelle du devoir de réaction – L'accroissement de la palette des pouvoirs unilatéraux des parties a nécessairement eu pour effet d'accroître le rôle correctif de l'abus de droit et du devoir de bonne foi auxquels s'est ajoutée une exigence formelle en plein essor, l'obligation de motivation. Cette dernière est une technique de contrôle du comportement des parties imposant à celles-ci « d'expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes[1371] ». Une telle exigence participe à l'accroissement, en droit des contrats, des processus à étapes[1372] avec, cette fois-ci, un

---

[1367] MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°412, p.473.
[1368] CORNU G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* v.° notification.
[1369] Art. 1220, 1223, 1224, 1226, 1229, C. civ.
[1370] AUDIT M., BOLLÉE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissement étrangers, op. cit.,* n°408, p.345 ; pour de nombreuses illustrations : NATIONS UNIES, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2016, Nations Unies, p.212.
[1371] FABRE-MAGNAN M., « Obligation de motivation et droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin - Le contrat au début du XXIe siècle*, *op. cit.*, p.306 ; v. également : LOKIEC P., « La décision et le droit privé », art. préc.
[1372] BALAT N., « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, *op. cit*., p.898

côté procédural plus marqué. En effet, la motivation n'est pas sans rappeler celle que l'on connaît en droit judiciaire, s'imposant au juge ou aux parties à travers les droits de la défense, et par laquelle les parties ont le droit de s'expliquer devant l'auteur d'une décision tout comme ils ont le droit de recevoir une explication de ce dernier[1373]. Plus encore, l'exigence de motivation « sert le plus souvent à préparer la discussion contradictoire qui aura lieu au cas où la décision prise viendrait à être contestée devant un juge. Les motifs exposés seront les seuls débattus devant le juge[1374] ». Sa réception, en droit des contrats, a d'abord été permise par le truchement du devoir de bonne foi[1375]. Ici comme ailleurs en matière de formalisme[1376], l'obligation de motivation est un outil de prévention de l'abus et des comportements déloyaux dans la rupture du contrat. Elle est également source de stabilité pour le cocontractant[1377]. En mettant en œuvre son devoir de réaction, le contractant soumis à une obligation de motivation est ainsi empêché d'agir brutalement et arbitrairement. En effet, la motivation permet un contrôle de la bonne utilisation des prérogatives unilatérales. La multiplication des droits de réaction s'accompagne nécessairement d'outils de contrôle de leur finalité. Par conséquent, le contractant réactif doit tenir compte de ces exigences formelles. Dans les droits spéciaux, elles existent de longue date. La motivation prend alors des airs de justification. En droit du travail, l'employeur ne saurait licencier un salarié sans motiver sa décision, faute de quoi il se rendrait coupable d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse[1378]. Le droit des sociétés impose, dans certains types de structures, que la révocation du dirigeant soit justifiée par de justes motifs[1379], et quand bien même ne devrait-elle pas l'être, comme lorsque le dirigeant est révocable *ad nutum*, la Cour de cassation exige tout de même l'exposé d'un motif à l'intéressé[1380]. Par ailleurs, Muriel Fabre-Magnan avait plaidé pour

---

[1373] LAGARDE X., La procéduralisation du droit privé, *in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, art. préc. ; v. également en ce sens : MOLINA L., *La prérogative contractuelle*, th. préc., n°422, p.487.
[1374] *Ibid*.
[1375] CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit*., n°659, p.571.
[1376] AYNÈS L., « Formalisme et prévention », *in* I. FADLALLAH (dir.), *Le droit du crédit au consommateur*, Litec 1982, p.76.
[1377] DISSAUX N., « Franchise », *Rép. droit com*., Dalloz, 2022, n°129 ; AMRANI-MEKKI S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc.
[1378] Art., L.1232-1., C. trav.
[1379] Art., L.223-25, C. com. pour le gérant de SARL ; v. également en matière de baux : SEUBE J.-B., « L'obligation de motivation et la rupture du bail commercial », RDC, 1er juillet 2006, n°3, p.761.
[1380] Cass. com., 14 mai 2013, n°11-22.845, D.2013. 2319, obs. B. Dondero ; D.2013. 2729, obs. J.-C. Hallouin : le dirigeant révoqué doit être en mesure de connaitre la raison pour laquelle il a été révoqué. Sans respecter la communication d'un motif, les associés commettent une faute qui ouvre droit à réparation pour le dirigeant.

une reconnaissance plus large de l'obligation de motivation à l'égard de la rupture des contrats longue durée ou marqués par une forte dépendance économique[1381]. Prenant acte des évolutions contemporaines du droit des contrats, elle avait souligné la nécessité d'une obligation de motivation de la rupture dans un contexte paradoxal d'unilatéralisme grandissant et de besoin de solidarité. Le Code civil était, en effet, complètement étranger à cette notion[1382], mais offrait des outils de contrôle adéquats pour la créer à travers la bonne foi et l'abus de droit[1383]. Ces appels ont été partiellement entendus par le législateur puisque la réforme du 10 février 2016 est venue consacrer l'obligation de motivation à deux endroits : en matière de détermination unilatérale du prix[1384], que l'on met de côté, car elle n'intéresse pas le devoir de réaction, mais surtout comme une étape de la mise en œuvre de la résolution unilatérale. L'article 1226 du Code civil dispose qu'après avoir convenablement mis en demeure le débiteur de s'exécuter, le créancier placé face à une inexécution persistante doit notifier au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Notons par ailleurs que les juges disposent de l'article 1104 du même code pour faire peser sur le créancier, dans d'autres circonstances, une obligation de motivation. La résolution unilatérale, objet récurrent du devoir de réaction, doit ainsi composer avec l'exigence de le mettre en œuvre et l'exigence de ne pas en abuser. Elle est soumise à un double formalisme, l'un temporel destinée à temporiser la réaction du contractant *via* la mise en demeure, l'autre formel, permettant de contrôler sa légitimité et d'établir une communication entre les contractants, adoucissant dans les deux cas la riposte du créancier.

335. Les sanctions d'une réaction mise en œuvre sans motivation dans un acte qui en nécessite une — Contrairement au défaut de mise en demeure où notre position était fermement arrêtée sur l'octroi de dommages-intérêts lorsqu'aucune

---

[1381] FABRE-MAGNAN M., « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC, 1er avril 2004, n°2, p.573 ; une position que les juges semblent timides à admettre mais qui est parfois prise en compte : v. par ex. : Cass. com., 8 octobre 2013, n°12-22.952 : à propos de la rupture d'un contrat de concession exclusive à durée indéterminée, « l'absence de motivation » avait fait partie du faisceau d'indices permettant de considérer la rupture comme fautive. Toutefois, la position traditionnelle de la jurisprudence selon laquelle il n'existe pas d'obligation générale de motivation semble maintenue : DISSAUX N., « Franchise », *in Rép. droit com.*, Dalloz, 2022, n°129.

[1382] LAGARDE X., « La motivation des actes juridiques », *in La motivation*, *Travaux de l'Association Henri Capitant,* LGDJ, 2000, p.73.

[1383] FABRE-MAGNAN M., « Obligation de motivation et droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin - Le contrat au début du XXIe siècle*, *op. cit.*, p.312 et p.320.

[1384] Art. 1164, C. Civ. : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

sanction n'était prévue légalement, l'obligation de motivation nous semble devoir faire l'objet d'une analyse plus pragmatique. En survolant les sanctions du manquement à l'obligation de motivation dans certains actes, nous pouvons avancer que les dommages-intérêts restent plus appropriés que le maintien du contrat. Très souvent, le maintien n'a pas toujours beaucoup d'intérêt pour le cocontractant : en droit du travail, la réintégration du salarié dans l'entreprise peut être proposée, mais pas imposée. Toutefois, certaines circonstances très particulières et limitatives pourraient nous faire plaider en sa faveur. Le Professeur Fabre-Magnan défend ainsi l'idée que le maintien du contrat puisse être prononcé par les juges « au moins pendant un temps et il appartient là aussi au juge de vérifier dans chaque cas qu'il ne soit pas porté atteinte, par le maintien forcé du contrat, à la liberté individuelle et au libre choix de ses collaborateurs[1385] ». De manière générale, il faudra toutefois assimiler le défaut de motivation à la continuité du devoir de bonne foi et de l'abus de droit[1386], et préférer l'engagement de la responsabilité civile du contractant qui se serait montré excessivement abrupt dans sa réaction.

336. Les exigences de formalisme : un frein à la réactivité des contractants ? – Le passage en revue des exigences de formalisme sous la lumière des limites opposables au devoir de réaction nous a permis de souligner les avantages de sa canalisation. Moins de rudesse, moins de surprise, moins de mauvaise foi. Pour autant, le formalisme en matière contractuel semble être un frein à la réactivité des contractants, comme une pierre attachée à ce qui devrait être promptement traité. Les exigences formelles temporelle comme le préavis et la mise en demeure peuvent indéniablement être perçus comme un obstacle à l'efficacité. Il s'agit, davantage, d'une digue. En effet, il s'agit de limiter les effets potentiellement dévastateurs d'une réactivité débridée. Pour trouver le juste équilibre, le droit cherche l'équilibre entre un devoir de réaction mesuré, contrôlé, et la possibilité de s'en détacher face à des circonstances particulières (urgence, faute lourde, *etc*). Les mesures formelles sont, certes, à un frein à la réactivité mais sont nécessaires à l'acceptation, par l'ordre social, du devoir de réaction.

[1385] FABRE-MAGNAN M., « Obligation de motivation et droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin - Le contrat au début du XXIe siècle*, *op. cit*., p.325.

[1386] *Ibid.* : Pour une distinction de l'abus de droit et de la bonne foi à la lumière de la question de la motivation : l'abus de droit sied mieux à la motivation puisque le premier suppose toujours l'existence d'un droit dont est titulaire le contractant. Toutefois, la bonne foi reste un outil adéquat : cette dernière « a davantage vocation à intervenir lorsque l'exécution des obligations contractuelles est en jeu ; elle peut être invoquée […] soit dans la façon dont il cherche à réaliser les droits qui lui confère le contrat ».

Paragraphe second : L'exigence de formalisme destinée à accroître l'efficacité de la réaction du contractant

337. Annonce – Si la plupart des exigences de formalisme reposent sur la prévention de l'abus et permettent l'atténuation de la brutalité de la réaction du contractant, elles s'imposent parfois comme des étapes nécessaires à l'accomplissement d'une obligation légale destinée à protéger un intérêt général. Ce formalisme ne concerne que le devoir de réaction destiné à assurer l'efficacité d'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général[1387]. Il ne s'agit plus d'adoucir les comportements des contractants dans leur relation interpersonnelle, mais d'accroître l'efficacité de la réponse apportée par le contractant sur qui repose la protection d'un intérêt qui le dépasse. Le contractant se verra alors dicter une conduite particulière face à un évènement déterminé (**I**). La rareté des hypothèses nous offre l'occasion de plaider pour une extension du formalisme en la matière (**II**).

I. Le formalisme, outil d'efficacité pour assurer l'exécution d'une obligation légale d'intérêt général

338. Rareté des hypothèses de formalisme dans le cadre d'un devoir de réaction — Nombreux sont les contractants soumis à un devoir de réaction dans le cadre de la vigilance qui leur est imposée. Ils doivent tantôt rompre ou suspendre un contrat, tantôt dénoncer une illicéité à un organisme tiers ou de surveiller ses cocontractants. Les enjeux sont tels[1388] que le législateur guide le plus souvent le contractant à travers une procédure déterminée destinée à assurer l'efficacité de la protection de l'objectif donné. Ainsi, la société donneuse d'ordre doit formaliser un plan de vigilance tandis que l'employeur doit informer ses salariés sur l'existence de certains risques. Les exigences formelles sont le plus souvent exigées lorsqu'un organisme tiers a pour rôle d'assurer l'efficacité de la loi. Il ne s'agit pas nécessairement d'un devoir de réaction puisqu'il n'est pas question de mettre en œuvre une prérogative, mais simplement d'accomplir un acte formel. Tel est le cas de l'obligation, pour une société, de déposer la déclaration des bénéficiaires effectifs au greffe du tribunal pour être

---

[1387] *Supra*, n°188 et s.
[1388] Lutte contre le blanchiment d'argent ou le travail illégal, protection de l'environnement ou encore police sanitaire : V. *Supra*, n°188 et s.

annexée au registre du même nom que, entre autres, TRACFIN pourra consulter à son gré[1389]. De la même manière, les banquiers sont tenus à une obligation de déclaration de soupçon leur imposant de dénoncer à un service tiers, à travers une déclaration écrite et documentée, toute opération suspectée d'être liée au financement du terrorisme ou de constituer une fraude fiscale[1390]. Le formalisme guide ainsi la réactivité des contractants vers la plus grande efficacité, en leur indiquant la marche à suivre et en formalisant leurs actions. Assez rarement toutefois, le formalisme accompagne le devoir de réaction au sens retenu par l'étude. C'est-à-dire en tant que réponse à une perturbation de l'ordre contractuel par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif. Le premier exemple concerne le devoir de vigilance sanitaire de l'employeur[1391]. La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire décrit précisément la procédure à suivre pour l'employeur placé face à un salarié soumis à l'obligation de présenter un justificatif sanitaire. La présentation de ce document doit se faire avec une certaine discrétion et, en cas de manquement, autorise l'employeur à notifier formellement la suspension de son contrat de travail[1392]. L'autre exemple concerne le devoir de vigilance des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre auquel les a soumis la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale. Une telle obligation fait peser sur eux un véritable devoir de réaction leur imposant injonctions, mises en demeure et dénonciation des personnes qu'ils ont sous leur surveillance. Face à une irrégularité de paiement du salaire minimum légal, par exemple, le maître d'ouvrage doit mettre en demeure l'employeur de se conformer à la loi tout en informant le contrôleur du travail en lui envoyant une copie du courrier, et l'informer dans les plus brefs délais en cas d'absence de réponse de l'employeur[1393]. En cas de non-respect des exigences formelles, la réaction du contractant sera considérée comme inefficace et sera sanctionnée comme s'il n'avait pas réagi du tout. Ces exigences formelles traduisent une volonté du législateur de ne pas laisser au hasard les réponses du contractant contrôlées *a posteriori*, source d'insécurité juridique non seulement pour le débiteur, mais également pour les personnes concernées par sa surveillance qui, victimes d'une réaction inefficace aurait, pour eux, des conséquences dramatiques. Dans le cadre des obligations ayant pour finalité

[1389] Art. L.561-56, CMF.
[1390] Art. L.651-15, CMF.
[1391] GAMET L., JUBERT-TOMASSO L., « Controverse : en quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », Rev. dr. du travail, 2021, p.484.
[1392] Art. 1, II, 1°, C, de la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.
[1393] Art. L.8281-1-1, C. trav.

la protection d'un intérêt général, le formalisme permet une réaction ayant réellement prise sur l'objectif de la loi. Force est de constater que certaines obligations légales n'ont pas un niveau de détail suffisant lorsqu'il s'agit de décrire la réaction idoine du débiteur.

II. L'extension souhaitable du formalisme pour assurer l'efficacité d'une obligation protégeant un intérêt général

339. L'absence de formalisme dans le volet réactif de certaines obligations légales : lacune ou nécessité ? — Certaines obligations légales imposant un devoir de réaction au contractant pour assurer la protection d'un intérêt général décrivent avec force détails les mesures préventives que le débiteur doit adopter. L'on pense, par exemple, au devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre ou encore à certains domaines particuliers de l'obligation de sécurité de l'employeur. Toutefois, ces contractants ont l'obligation de réagir face à la survenance du risque, mais aucun équivalent formel n'accompagne la réponse. Il s'agirait, pour tenter de le défendre, d'un silence volontaire du législateur par lequel il laisserait aux parties une certaine latitude pour gérer la survenance du risque et choisir le moyen le plus apte à le contrer. Mieux encore, la grande diversité des risques empêcherait d'adopter un mode unique de résolution qui pourrait, en certaines circonstances, se révéler inefficace. Toutefois, la description d'un processus à étapes dans l'exécution d'une obligation légale permet d'accroître en même temps la sécurité juridique des débiteurs et l'efficacité de la règle. Concernant la sécurité juridique, le débiteur d'une obligation légale est très souvent confronté à une exigence de réactivité indéfinie cristallisée dans un vocable aussi flou que large[1394]. En droit du travail, lorsque l'employeur réagit face à la survenance d'un risque, il n'est jamais sûr d'avoir exécuté correctement son obligation et les juges pourront lui reprocher fréquemment d'avoir répondu avec légèreté. Lorsque l'obligation de sécurité concerne un domaine bien déterminé et lourd d'enjeux, comme le harcèlement moral ou sexuel, le législateur devrait s'efforcer d'exprimer avec clarté ce qu'il attend de l'employeur quitte à formaliser son comportement : injonction de cesser le comportement à la suite de laquelle doivent suivre des mesures disciplinaires parmi lesquelles le

[1394] Le code du travail impose ainsi à l'employeur de prendre « les mesures nécessaires » à la sécurité du salarié (L.4121-1, C. trav.) tandis que le code de commerce indique des « mesures de mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité » (L.225-102-4, C. com).

licenciement pour faute[1395]. Quant au droit des sociétés, les personnes morales concernées par le devoir de vigilance sont confrontées à une insécurité similaire. Face à la survenance du risque, devra-t-elle mettre en œuvre la clause résolutoire sans mise en demeure ? Devra-t-elle considérer que la violation est suffisamment urgente et grave pour résoudre unilatéralement le contrat sans plus de formalités ? Une telle insécurité ne manquera pas d'engendrer un contentieux important, au prix d'une efficacité diminuée par l'absence de formalisme[1396].

340. Conclusion de la seconde section – Le devoir de réaction du contractant ne saurait se passer, lorsqu'elles existent, des exigences formelles attachées à la mise en œuvre du droit subjectif. Celles-ci peuvent tout d'abord, comme la bonne foi, l'abus de droit et l'exigence de proportionnalité, apporter une pierre à la limite au devoir de réaction que constitue l'exigence de mesure dans sa mise en œuvre. Deux types d'exigences permettent ainsi d'adoucir la réaction du contractant. D'abord, les exigences formelles temporelles, comme la mise en demeure ou le délai de préavis, permettent de temporiser la réaction et de prévenir les réactions brutales et injustifiées du débiteur du devoir de réaction. Ensuite, les exigences formelles matérielles permettent de la même manière d'adoucir la réaction du contractant en instaurant une communication entre les cocontractants à même de légitimer les décisions du créancier. L'on retrouve ici l'exigence de notification, mais surtout, celle de motivation qui, dépassant les droits spéciaux, s'est vue consacrer dans le livre III du Code civil à la suite de la réforme du 10 février 2016. La plupart du temps, un contractant surréactif qui aurait omis les formalités dans l'exercice de son droit subjectif risque d'engager seulement sa responsabilité civile, sauf lorsque la loi le prévoit autrement. La réactivité prévaut, et doit prévaloir, sur la formalité. Dans de rares hypothèses, il peut cependant voir son droit paralysé. Les exigences formelles permettent, d'un autre côté et de manière plus originale,

---

[1395] L'article L.1153-5 du Code du travail impose ainsi de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et « de les sanctionner » - le texte a été modifié à la suite d'un certain nombre de cas dans lesquels l'employeur n'avait pas sanctionné l'employé harceleur (v. ADAM P., « Harcèlement sexuel – mécanisme de règlement des situations de harcèlement », *in Rép. dr. trav*., Dalloz, 2019, n°237 et s.) – cela démontre que l'absence de description des mesures de réaction peut avoir un effet contre-productif au regard des objectifs visé. Quand bien même le texte mentionne une obligation de sanction, celle-ci n'est pas clairement identifiée. Si le licenciement semble être privilégié, la question fait toujours débat, a fortiori pour les cas de harcèlement moral. Pour des arguments en faveur et contre l'obligation de sanctionner, v. ADAM. P., *loc. cit.*).

[1396] Ce que l'analyse comportementale du droit démontre par ailleurs, *Supra*, n°216 et s.. : la lutte contre les biais cognitifs des décideurs, pouvant parfois les conduire à mal réagir, passe par une meilleure information de l'agent dans la prise de ses décisions.

d'accroître l'efficacité du devoir de réaction attaché à certaines obligations légales. Ainsi, la formalisation de la réaction du contractant soumis à une obligation de ce type, même si elle est relativement rare, permet d'assurer sa sécurité juridique en même temps que l'efficacité de ladite obligation.

CONCLUSION DU CHAPITRE SECOND

341. Conclusion du chapitre second – Ce chapitre aura tenté de démontrer que le débiteur du devoir de réaction ne doit pas se contenter de réagir, mais doit réagir correctement, sans quoi ses diligences se retourneront contre lui, au mieux en rendant sa réaction inutile, au pire en la sanctionnant. Il est, en effet, pris entre deux feux. D'un côté, ils sont soumis à un devoir de réaction qui leur impose de réagir à la perturbation de l'ordre contractuel sous peine d'être sanctionné. D'un autre, ce même devoir, dont la définition insiste sur le caractère approprié[1397], trouve ses limites dans son exercice. À l'autre bout de la chaîne, dans l'exercice de leur réaction, ils sont soumis à un contrôle comportemental tout aussi menaçant. Le droit exige davantage une bonne réaction qu'une réaction qui se suffirait à elle-même. Un tel contrôle trouve la plupart de ses sources dans les limites classiquement attachées au droit subjectif, objet du devoir de réaction. Ainsi, elles se divisent entre deux exigences qui ont en commun de canaliser la réaction du contractant vers sa forme la plus souhaitable et efficace. D'une part, l'exigence de mesure dans la mise en œuvre du devoir de réaction prohibe la surréaction du contractant qui userait de son droit de manière abusive ou disproportionnée, et sous laquelle se regroupent la théorie de l'abus de droit, le devoir général de bonne foi et l'exigence de proportionnalité. D'autre part, les exigences de formalisme dans la mise en œuvre du devoir de réaction peuvent également être lues comme un autre moyen d'adoucir la réaction du contractant. Qu'elles soient purement formelles, comme l'obligation de motivation, ou qu'elles revêtent un aspect temporel, comme la mise en demeure, les exigences formelles permettent de temporiser et de légitimer la réaction du contractant. Plus encore, elles permettent aussi d'accroître l'efficacité de la réaction du contractant lorsqu'elles s'adossent à une réponse destinée à exécuter une obligation légale destinée à protéger un intérêt général.

[1397] V. *Supra*, n°92 et s. ; *adde* n°98.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

342. Conclusion du titre premier – Le droit, de manière générale, laisse libre cours au devoir de réaction. Le terme d'encadrement avait pour dessein de souligner ce savant balancement entre une liberté de principe et ses limites, somme toute assez classiques. Ces dernières se dessinent à la fois en amont et en aval du devoir de réaction. En amont, d'abord, le droit encadre la genèse du devoir de réaction que fait naître la technique contractuelle et qui donne lieu à une grande diversité de clauses que l'on a rassemblée sous le vocable de clause de réaction. Les plus dangereuses sont celles dont l'effet est de déchoir le contractant de son droit et qui, malgré leur validité de principe, sont parfois difficiles à distinguer tant leurs régimes et leurs règles d'interprétation peuvent différer. Ce type de clause fait l'objet d'une surveillance en deux temps. D'abord, parce que le devoir de réaction suppose la mise en œuvre d'un droit subjectif, il convient de vérifier si le droit objet du devoir de réaction est librement disponible. Si tel est le cas, et parce que le devoir de réaction suppose cette mise en œuvre en temps utile, la validité de la clause est principalement contrôlée à travers le critère temporel. Le délai adossé au devoir de réaction fera ainsi l'objet d'un contrôle attentif de la part des juges qui, s'il est jugé excessivement court, pourront annuler la clause en raison du déséquilibre significatif qu'elle cause ou de la privation de substance de l'obligation essentielle qu'elle induit. En aval, ensuite, le droit cherche à encadrer la mise en œuvre du devoir de réaction, c'est-à-dire la manière dont le contractant a exercé son devoir. L'on insiste alors sur le caractère « approprié » de la réaction. Là encore, les limites ne sont pas propres au devoir de réaction, mais s'agrègent à l'exercice du droit subjectif qui en constitue l'objet. Cela supposera, pour le contractant, de faire preuve de mesure dans sa réaction. Seront ainsi sanctionnés les contractants coupables d'une réaction abusive ou disproportionnée. Enfin, le contractant devra respecter, lorsqu'elles existent, les exigences de formalisme qui se multiplient là où l'exigence de réactivité s'accroît. Elles sont destinées, elles aussi, à adoucir sa réaction et à prévenir son caractère abusif. Le contractant ne doit ainsi pas réagir à tout prix, et le droit s'efforce de canaliser sa réaction vers sa forme la plus efficace : celle qui atteint le but poursuivi sans pour autant causer dommage à autrui. En définitive, il s'agit de limites assez larges et générales qui, sans faire obstacle à l'essor du devoir de réaction, permettent d'endiguer ses manifestations

les plus dangereuses. Reste à savoir s'il n'existe pas des limites qui freinent le devoir de réaction en protégeant, au contraire, l'inertie du contractant.

TITRE SECOND : LA RELATIVISATION DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT

343. Relativiser l'étendue du devoir de réaction - L'encadrement du devoir de réaction a permis de décrire les limites qu'oppose le droit positif dans la création et l'exercice du devoir de réaction. Ces limites ont démontré qu'un devoir de réaction sans limite peut être source de déséquilibre, de brutalité et, finalement, être vidé de l'efficacité qui le justifie par ailleurs. Ainsi, le devoir de réaction n'est pas et ne doit pas être hégémonique. Le droit a souvent reposé sur le paradigme du temps long, privilégiant la réflexion lente, mûre et posée aux réactions précipitées et hâtives. L'essor du devoir de réaction, son rapport au temps et le modèle du contractant réactif qui l'accompagne, repose sur un équilibre entre les deux modèles. C'est la raison pour laquelle l'étude du droit positif permet de relativiser le devoir de réaction, c'est-à-dire de démontrer qu'il n'a pas un caractère absolu mais compose avec d'autres droits et devoirs. Une telle démarche permet ainsi de relativiser sa portée et son essor, et donc son danger. Il est, certes, en pleine expansion, et la menace qu'il fait peser sur les droits subjectifs des contractants, redoutable. Toutefois, les solides limites que lui oppose le droit positif semblent interdire au devoir de réaction toute forme d'absolutisme et le cantonne là où il est le plus efficace. La même démarche permet, dans la même veine, de relativiser le modèle du contractant réactif qui, souhaitable à bien des égards, doit parfois laisser sa place à celui, plus modéré, du contractant patient voire immobile. Dans tous les cas, le droit positif érige des limites à son hégémonie et contribue à le rendre acceptable.

344. Annonce — Le devoir de réaction fait ainsi ressortir les limites de son essor toutes les fois qu'il est possible de parler d'un droit de ne pas réagir (**chapitre premier**) qui s'oppose à lui. En protégeant directement ou indirectement l'absence de réaction, le droit vient considérablement limiter l'étendue du devoir de réaction. La deuxième série de limite se retrouve ensuite, plus ponctuellement, dans les manifestations d'un devoir de ne pas réagir (**chapitre second**). La présence de cette exigence comportementale antagoniste empêche parfois le devoir de réaction d'exister, ou vient au contraire limiter son modèle pour mieux le compléter.

Chapitre premier : le droit de ne pas réagir

Chapitre second : le devoir de ne pas réagir

CHAPITRE PREMIER : LE DROIT DE NE PAS RÉAGIR

345. L'opportunité d'un droit de ne pas réagir — Un laps de temps préfixé destiné à offrir au justiciable un délai de liberté pour choisir, réfléchir, arbitrer entre l'usage ou le non-usage d'une prérogative. Telle est l'une des fonctions traditionnelles du délai de prescription[1398]. Telle est, également, la substance, la traduction de la liberté attachée au droit subjectif, le « domaine réservé[1399] » du titulaire. Cette liberté – temporaire, certes, mais salutaire – de s'abstenir offre ainsi à celui qui en jouit un droit de ne pas réagir. Or, à ce stade de l'étude, il n'est plus nécessaire de convaincre qu'un tel postulat est battu en brèche par la multiplication des délais concurrents dont l'objectif est de sanctionner l'inertie du contractant, allant des délais de forclusions, légaux ou conventionnels, aux délais de déchéance disséminés dans les ramifications du droit des contrats, le tout encerclé et complété par une exigence de bonne foi qui stigmatise de plus en plus le temps qu'il prend pour réagir ; par les fonctions sociales du droit subjectif qui, en se multipliant, imposent toujours plus de réactivité à son titulaire. Que reste-t-il de ce droit de ne pas réagir ? Beaucoup, assurément. Et c'est dans le droit de ne pas réagir que le devoir de réaction trouvera de nouvelles limites. Plus particulièrement, c'est le devoir de réaction « pour la préservation de son propre intérêt » dont il sera uniquement question dans ce chapitre en raison des dangers que sa sanction, la déchéance, fait naître sur la tête des contractants et sur le besoin de limites qu'il engendre.

346. Le droit de ne pas réagir comme source de limites au devoir de réaction – Le droit de ne pas réagir doit s'entendre manière assez large : il s'agit davantage d'un esprit que d'un droit substantiel. Il a pour fonction de protéger le contractant contre sa propre inertie[1400]. Il vise à décrire à la fois le droit pour le contractant de disposer d'un temps suffisamment long pour prendre le temps de réagir comme de son droit de ne pas perdre son droit subjectif pour ne pas s'en être prévalu en temps utile. En

---

[1398] BANDRAC M., « Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français », RDI 1994, p.359 ; BRUNEL F., *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement,* th. préc., n°129, p.119 : le délai de prescription est ainsi le premier exemple que prend l'auteur pour illustrer la liberté de s'abstenir du contractant.

[1399] GHESTIN J., BARBIER H., *Traité de droit civil – introduction générale*, tome I, *o p. cit*., n°284, p.223 ;

[1400] Les délais de réflexions, que l'on retrouve en droit de la consommation, du travail ou des successions, ne seront pas abordés ici dans le sens où ils ne protègent pas le contractant contre sa propre inertie, mais au contraire contre sa précipitation.

d'autres termes, il s'agit de limiter ou de priver d'effet les conséquences du manquement au devoir de réaction du contractant et de protéger son droit subjectif substantiel. Les sources d'un droit de ne pas réagir révèleront ainsi les limites opposables à l'essor du devoir de réaction. Contrairement au titre précédent, ces limites ne s'opposeront plus seulement aux contractants mais également au législateur et au juge. Le devoir de réaction s'en trouvera limité, et sa dangerosité relativisée.

347. Annonce – Il est possible de trouver trace d'un droit de ne pas réagir dans des fondements contractuels (**section première**) comme extracontractuels (**section seconde**). Sa reconnaissance permettrait, le cas échéant, d'opposer des limites théoriques au devoir de réaction. Son essor s'en trouvera limité, et sa dangerosité relativisée.

Section première : La recherche d'un fondement contractuel destiné à protéger l'absence de réaction du contractant

348. Chercher à préserver le contractant des effets sévères de la déchéance – Le droit de ne pas réagir a pour objectif de préserver le droit subjectif substantiel du contractant des contraintes temporelles et comportementales qui pèse sur tout contractant. Depuis plusieurs décennies, la bonne foi, sous ses différents avatars, vient fortement limiter la liberté d'usage des prérogatives des contractants tandis que la multiplication des obligations et déchéances légales arrimées à des délais de plus en plus courts vient objectiver la stigmatisation de la lenteur et de la passivité, contraignant ainsi les contractants au devoir de réaction. Outil d'efficacité redoutable, le devoir de réaction n'en reste pas moins dangereux pour ceux qui y sont soumis. Symptôme d'un droit qui s'accélère, qui ne supporte plus les longueurs et les absences de réponses, le devoir de réaction peut parfois se heurter aux grands principes du droit des contrats. C'est, d'ailleurs, grâce à ces derniers que le devoir de réaction devient acceptable socialement, puisqu'ils l'empêchent de devenir hégémonique et de conduire aux dérivées redoutées par des critiques légitimes, parfois exagérées. Ainsi, le droit s'efforce de préserver le contractant des effets extrêmement sévères de la déchéance en la refusant, dès que possible, au profit de la responsabilité civile contractuelle. Autre exemple, il assure au contractant, qu'en principe, son absence de réaction ne saurait valoir acceptation. La sanction de la déchéance, venant couper l'herbe sous le pied de la prescription et qui sous-entend que les droits sont péremptoires, doit être restreinte lorsqu'elle n'est ni de source légale, ni de source conventionnelle. En un mot, le droit cherche à sanctionner l'absence de réaction du contractant, mais pas à n'importe quel prix. En ce sens, les grands principes du droit des contrats permettent déjà de fonder un droit de ne pas réagir.

349. Annonce — Le droit érige ainsi des frontières fondamentales à l'extension du devoir de réaction. Tantôt la force obligatoire, tantôt la liberté contractuelle viennent offrir des limites. D'abord, la force obligatoire permet de protéger indirectement l'absence de réaction en limitant les effets de celle-ci sur les droits du titulaire (**paragraphe premier**). Ensuite, c'est la liberté contractuelle qui permet la protection directe de l'absence de réaction du contractant (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : La force obligatoire limite indirectement le devoir de réaction par la sauvegarde de la créance

350. Annonce – Le devoir de réaction permet de sanctionner le contractant qui, placé face à une perturbation de l'ordre contractuel, ne se serait pas prévalu de sa prérogative en temps utile. Toutefois, le droit ne permet pas qu'un tel devoir puisse, *ex nihilo*, porter atteinte à la force obligatoire du contrat par le truchement des déchéances. Il s'efforce ainsi de protéger la créance du contractant coupable de passivité (**I**) tout comme ses prérogatives déchues, en matière de sanctions de l'inexécution, ne peuvent pas l'empêcher, *in fine*, de la recouvrer (**II**). C'est en ce sens que la limite est indirecte. La passivité est sanctionnée à travers la personne du créancier, mais l'essentiel, c'est-à-dire la créance ou le droit de la recouvrer, est préservé.

I. La force obligatoire du contrat protège la créance face à l'absence de réaction du contractant

351. La limitation souhaitable des cas de déchéance en droit des contrats — Lorsque ni la loi ni le contrat ne prévoient des causes de déchéance, force est de constater que le droit des contrats tente de limiter leur utilisation à des situations aussi rares que possible. En dehors des hypothèses légales et contractuelles, nous avons vu, dans la première partie de cette étude, que la sanction de l'absence de réaction du contractant était principalement fondée sur le devoir de bonne foi[1401]. Le contractant particulièrement déloyal dans le jeu de ses droits et obligations doit pouvoir légitimement être sanctionné, notamment en raison de sa passivité fautive. Toutefois, le priver de la substance de la créance qu'il tient du contrat peut sembler disproportionné au regard de la faute commise. Tel est le cas lorsqu'il voit son droit frappé de déchéance. Sanction aussi efficace que sévère, la déchéance conduit à la perte du droit substantiel[1402] et doit apparaitre avec parcimonie dans le paysage juridique. C'est la raison pour laquelle, sans pour autant tolérer l'absence de réaction du contractant, le droit a bâti un régime tentant de minimiser les conséquences de la passivité fautive d'un contractant en cantonnant sa sanction à la responsabilité contractuelle, et en réservant la déchéance aux seules prérogatives fonctionnelles.

[1401] V. *Supra*, n°187.
[1402] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle,* th. préc., n°502, p.517.

352. Le devoir de réaction (du moins la déchéance qui lui est attachée) trouve une limite dans l'impossibilité pour le juge de porter atteinte aux droits et obligations légalement convenus par les parties – Il n'en reste pas moins que les juges doivent réprimer la passivité du contractant tout en veillant à ce que la sanction soit proportionnelle à la faute commise. C'est ce qu'a énoncé, en substance, le célèbre arrêt *Les Maréchaux* du 10 juillet 2007[1403]. La Cour de cassation, confrontée à une clause de garantie de passif mise en œuvre d'une particulière mauvaise foi, avait jugé que s'il était tout à fait possible de sanctionner la faute du créancier déloyal, la force obligatoire du contrat n'autorise pas les magistrats à « porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Il s'agit de séparer les droits présentant un « aspect fonctionnel déterminé dans le déroulement de la convention[1404] », qui peuvent faire l'objet d'une paralysie, et la substance de la créance, dont la déloyauté qui entoure sa mise en œuvre ne peut faire l'objet que d'une indemnisation. Autrement dit, il faut faire prévaloir la force obligatoire du contrat sur les normes comportementales, et protéger coute que coute la créance d'un risque de déchéance. La mauvaise foi, lorsqu'elle est caractérisée par l'inertie du créancier[1405], ne peut donc conduire à la déchéance de la créance. À la lumière du devoir de réaction, il est possible d'affirmer que le fondement de la force obligatoire, tel qu'interprété par les magistrats, est un outil de limitation efficace et fondamental du devoir de réaction. C'est d'autant plus vrai que le courant solidariste explique très bien qu'une telle position relève de l'idéologie. Selon eux, rien ne semblerait interdire au juge, du moins théoriquement[1406], de déchoir un

---

[1403] Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, D.2007.2839, note Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007.773, obs. B. Fages ; JCP G, 2007, II, 10154, note D. Houtcieff ; v. déjà Cass. 1ère civ., 17 mars 1998, Bull. civ. I, n°114, Defrénois 1998. 807, note J.-L. Aubert.

[1404] STOFFEL-MUNCK Ph., « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », D.2007. 2839, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768.

[1405] Cass. 3ème civ., 9 décembre 2009, n°04-19923, EDCO, 2010, n°2. 4, obs. O. Deshayes ; RDC 2010, n°2.666, obs. J.-B. Seube ; une SCI bailleresse n'avait pas réagi à l'absence d'exploitation du fonds de commerce par le preneur avant d'invoquer ce défaut pour s'opposer à la cession du bail.

[1406] *Contra* : STOFFEL-MUNCK PH., *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. préc., n°325, p.274 ; n°338, p.284 et n°342, p.286 : pour l'auteur, la faute comportementale dans l'exercice d'un droit relève de la responsabilité délictuelle et devrait être sanctionnée en nature et ne saurait être sanctionnée par la neutralisation : « La faute dans l'exercice d'un droit que la doctrine et la jurisprudence envisagent dans le contrat par la qualification d'abus n'est qu'une simple forme de faute délictuelle entre contractants. Une forme particulière, il est vrai, car constituée par la malice ou par une manifestation plus légère de déloyauté dont le créancier se rend coupable envers le débiteur en marge de l'exercice de ses droits » et concl. n°345, p.289 : « Par conséquent, l'abus reproché au contractant ressort de la responsabilité délictuelle car le devoir de loyauté auquel manque le contractant n'est pas par lui-même une obligation contractuelle. La sanction ne peut, dès lors, pas consister en une neutralisation du droit exercé sans égards : il faut maintenir le droit légitimement acquis et condamner la faute civile apparue lors de sa mise en œuvre » ; toutefois, n°329,

contractant de sa créance en raison de sa mauvaise foi. Si la force obligatoire du contrat et son efficacité économique[1407] constituent un argument d'autorité pour immuniser la créance, ce ne serait, explique le Professeur Denis Mazeaud, qu'en raison d'une vision libérale du droit des contrats[1408]. Les partisans d'un droit des contrats davantage pénétré de morale, auquel il se rattache, plaident, au contraire, pour une conciliation des deux impératifs de sécurité et de bonne foi en permettant à cette dernière de neutraliser une créance invoquée d'une extrême mauvaise foi[1409]. Envisageable théoriquement, le pouvoir judiciaire de déchoir un contractant de sa créance en raison de mauvaise foi accroitrait considérablement le domaine et la présence d'un devoir de réaction : tout contractant serait sommé de se montrer réactif sous peine de voir sa créance déchue. En droit communautaire, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente prévoit en son article 2 que la bonne foi peut « empêcher la partie défaillante d'exercer ou d'invoquer un droit[1410] […] ». La question réside finalement moins dans le fait de savoir si une telle sanction est possible, que si elle est souhaitable. La volonté de protéger l'absence de réaction, ou du moins d'en limiter les effets, se décèle ainsi dans le choix théorique qu'opèrent les juges en matière comportementale. Le droit choisit ainsi de protéger le créancier, même passif, des effets destructeurs de la déchéance lorsque celle-ci n'a été prévue ni légalement ni contractuellement.

353. La limitation du devoir de réaction par la force obligatoire du contrat après la réforme du 10 février 2016 – La réforme du 10 février 2016 a considérablement accru la place de la bonne foi en droit positif français. Inscrite dans les dispositions liminaires qui mentionnent son caractère d'ordre public, la bonne foi pourrait accroître son domaine. Dans le même temps, la force obligatoire du contrat a connu quelques entailles comme en témoigne l'admission de la révision pour imprévision de l'article 1195 du Code civil. Pour autant, le silence des rédacteurs quant aux sanctions de la mauvaise foi et l'insistance de ces derniers sur l'objectif de sécurité juridique et d'efficacité économique au sens libéral du terme ne laissent pas présager de changement

---

p.277 : l'inefficacité du droit exercé de manière déloyal est une sanction jugée « des plus commodes pour donner satisfaction à la victime. »

[1407] STOFFEL-MUNCK PH., « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », *art. préc*.

[1408] MAZEAUD D., « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », RDC 2011.690 ; CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2008, 12e éd., n°7, p.173.

[1409] MAZEAUD D., « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », *loc. cit.*

[1410] COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de règlement du parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente*, 2011/0284, art. 2, 2°, p.36.

particulier[1411]. Comme le remarque le Professeur Houtcieff, ce n'est pas dans sa fonction sanctionnatrice, mais « sur le terrain de sa fonction créatrice[1412] » que la bonne foi devrait connaître un nouvel essor. Du côté de la jurisprudence, les juges maintiennent avec fermeté la solution des *Maréchaux*[1413]. Toutefois, un arrêt inédit, rendu par la Troisième chambre civile de la Cour de cassation le 6 mai 2021, mérite d'être relevé[1414]. À l'occasion d'une affaire qui opposait une bailleresse déloyale dans la mise en œuvre de sa clause de garantie à l'organisme qui lui avait consentie, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui avait décidé de prononcer la nullité de ladite clause. Après avoir énoncé que la mauvaise foi dans l'exécution d'une convention ne peut être sanctionnée par la nullité, les hauts magistrats ont affirmé que « le juge peut refuser de faire produire effet à une clause contractuelle mise en œuvre mise en œuvre de mauvaise foi » avant d'énoncer que la mise en œuvre de mauvaise foi par la bailleresse de la clause de garantie des loyers « justifie d'en écarter l'application ». Cette paralysie de la clause portant sur la substance des droits et obligations légalement convenus par les parties, sembler aller à l'encontre de la jurisprudence *Les Maréchaux.* En effet, la garantie consentie en l'espèce s'apparente pourtant à la substance d'une créance prévue par les parties. Les circonstances particulières (extrême mauvaise foi et violation d'une obligation légale) de l'affaire et l'absence de publication imposent toutefois une prudence quant à la portée relative d'un tel arrêt, mais laisse imaginer les conséquences que pourrait avoir sur le devoir de réaction la rupture de la digue bâtie par la jurisprudence *les Maréchaux*.

354. La force obligatoire au soutien du droit de ne pas réagir – Les lignes qui précèdent ont souhaité démontrer que malgré l'essor certain du devoir de réaction, les juges disposent des moyens d'en contrôler les dérives. Le devoir de réaction fait ainsi face à un droit de ne pas réagir, d'une intensité égale, permettant de refréner les

---

[1411] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[1412] HOUTCIEFF D., *Droit des contrats, op. cit*., n°642-7, p.519 ; Aussi, la précision de son caractère d'ordre public a également posé la question de son soulevé d'office – son éventualité n'est pas sans soulever quelques inquiétudes : v. également en ce sens : BALAT N., « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », D.2018, 2099.

[1413] BARBIER H., « La mauvaise foi du créancier n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance de ses droits aussi bien contractuels que légaux », RTD Civ. 2017.133, note sous Com. 8 novembre 2016, n°14-29.723 ; Paris, 29 sept. 2016, n°15/07864, Rev. Sociétés 2017.92, note J.-F. Barbieri ; Com. 2 novembre 2016, n°14-29.723, Com. 2 novembre 2016, n°15-12.231, inédit ; BARBIER H., « Une clause de déchéance n'est pas une prérogative contractuelle mais relève de la substance des droits et obligations du contrat », note sous Cass. Com., 19 juin 2019, n°17-26.635, RTD Civ., 2019, p.577.

[1414] Civ. 3ème, 6 mai 2021, n°20-15.094, RTD Civ. 2021. 641, obs. H. Barbier ; LEDC, n°6, 1er juin 2021, note H. Kassoul.

dérives du premier là où aucun texte de loi ni aucune clause contractuelle n'a prévu le contraire. Celui-ci passe par une restriction souhaitable des mécanismes de déchéance qui ne devraient pas exister sans texte[1415], sur le modèle de l'adage « pas de nullité sans texte ». Comme le remarquait un auteur, la déchéance s'apparente à un phénomène qui « transforme et bouleverse les situations juridiques » et « ampute » le contractant de ses droits[1416]. Son extrême sévérité doit se limiter aux cas légalement ou contractuellement prévus, mais aussi aux seules prérogatives contractuelles fonctionnelles sans pouvoir toucher au cœur de la créance. C'est exactement la voie qu'empruntent les juges, permettant ainsi de garantir au créancier que son absence de réaction ne pourra pas entrainer, sur le seul fondement de la bonne foi[1417], la disparition de sa créance. Comme pour l'obligation d'information jadis, le devoir de réaction s'autonomise de plus en plus dans des textes de loi ou des clauses contractuelles, mais lorsqu'il avance en terrain découvert, ses manifestations « chimiquement pures » sont freinées par le droit qui réduit sa sanction à la plus simple expression. En un mot, le droit sanctionne la passivité mais s'efforce d'en limiter les conséquences.

II. La force obligatoire du contrat protège le droit de sanctionner du créancier

355. La place prépondérante des sanctions de l'inexécution dans la mise en œuvre du devoir de réaction —Le devoir de réaction connaît et connaîtra ses manifestations les plus topiques en matière de sanction de l'inexécution. Il s'agit ici, pour le contractant, de réagir à la faute de son partenaire en mettant en œuvre les sanctions à disposition, que l'on pourrait aisément qualifier de « droits de réaction ». L'absence de réaction du contractant le conduit à être complètement déchu de sa sanction. Ainsi, en droit de l'arbitrage, celui qui ne conteste pas en temps utile une irrégularité de constitution du tribunal ne pourra plus jamais le faire[1418], tout comme l'acheteur qui ne dénonce pas

---

[1415] PELLIER J.-D., « L'unité des sanctions civiles relatives au TEG », D.2020. 1441 : en droit de la consommation, prononcer la déchéance du taux d'intérêt conventionnel à l'égard de l'emprunteur ne peut, théoriquement, résulter que des cas prévus par la loi. Pourtant, les juges s'en détache et prononcent des déchéances hors du texte, ce qui ne manque pas d'étonner la doctrine.

[1416] FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle,* th. préc., n°502, p.517 : citant : LE GARS A., *La déchéances des droits en droit privé français*, th. préc., n°376.

[1417] La créance se retrouve enserrée dans les seules limites de la prescription et de la volonté (cette dernière peut parfois conduire à reconnaitre qu'un créancier a renoncé à sa créance : v. *Supra*, n°153).

[1418] Art. 1466, CPC.

immédiatement un défaut apparent de la marchandise perdra sa garantie[1419]. Les sanctions de l'inexécution de droit commun ne sont pas en reste. Ces dernières sont soumises à une réactivité de plus en plus intense. Là aussi, la multiplication du standard du délai raisonnable[1420] ou de l'urgence[1421] comme condition de leur mise en œuvre et leur balancement probable avec le devoir de minimiser son propre dommage[1422] soumettent ces mécanismes à une réactivité telle que le créancier semble payer sa nouvelle liberté au prix de sa rapidité. Cette extension du devoir de réaction peut, d'un côté, tout à fait se comprendre. Outil d'efficacité, il incite les créanciers à couper court aux longueurs inutiles et à réagir le plus tôt possible pour la conservation de leur créance. D'un autre côté, la menace qui pèse sur le créancier est redoutable. Philosophiquement d'abord, « tout créancier, a droit à un temps de latence pour se décider sur le sort du contrat ou l'utilité d'une procédure. Le sommer de réagir immédiatement, c'est le priver du temps de réflexion que vient justement lui offrir le délai d'action instauré par le droit de la prescription[1423] ». Pratiquement ensuite, son absence de réaction peut parfois le conduire à être déchu de sa prérogative sous prétexte que son comportement pouvait s'interpréter comme une renonciation au droit d'agir en justice. Cela reviendrait à couvrir, indirectement, les fautes de son cocontractant. En pratique, les créanciers se retrouvent alors dans d'épineuses positions. Un contractant peut avoir connaissance d'une action (un bailleur commercial qui changerait d'activité, par exemple) sans en tirer aucune conséquence contractuelle. Son silence ne devrait, en théorie, que traduire une tolérance qu'il peut à tout moment rectifier par la mise en œuvre d'une sanction. Toutefois, lorsque celle-ci se prolonge, elle peut faire naître dans l'esprit du débiteur une véritable croyance légitime en une acceptation, par le créancier, de la situation illicite et d'un renoncement à la sanction. Deux intérêts légitimes se font face : le créancier indulgent qui pense faire preuve de bonté face à son débiteur négligent qui, de son côté, peut penser tout aussi légitimement que la situation a tourné à leur avantage. Seuls les faits d'espèce, les circonstances peuvent faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre. Le jeu des sanctions doit donc composer avec un grand nombre d'exigences contradictoires. Se pose la question de savoir si, à nouveau, le droit doit garantir au contractant la possibilité de

[1419] Art. 38, CVIM.
[1420] Art. 1220, 1222, 1223, C. civ.
[1421] Art. 1226, C. Civ.
[1422] *Supra*, n°182 et s.
[1423] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.

sanctionner malgré son absence de réaction, en limitant le plus possible les cas de déchéance. Par cette limite, le devoir de réaction deviendrait socialement acceptable.

356. Manquer à son devoir de réaction dans la mise en œuvre d'une sanction ne présume pas d'une renonciation à agir en justice – La question de la déchéance de certaines sanctions de l'inexécution n'est pas nouvelle et concerne principalement l'exception d'inexécution et la clause résolutoire. Les contrats à exécution successive sont plus sujets que d'autres aux problématiques liées à la réactivité du contractant. Placé face à une inexécution, le contractant a-t-il le devoir de la sanctionner sous peine d'être déchu de son droit d'agir ? L'on a vu comment la clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi pouvait aboutir à sa paralysie et constituer un exemple topique du devoir de réaction[1424]. Le contractant qui tarderait à mettre en œuvre sa clause résolutoire prendrait le risque d'être privé de son droit de résolution. Comme le remarquait un auteur, la sanction peut paraître sévère et illégitime dans la mesure où la loi ne la prévoit pas expressément, et que c'est très souvent après avoir fait preuve de tolérance que le créancier se décide à l'activer[1425]. Le droit se montre ici particulièrement dur avec le contractant passif, qui ne pourra pas faire jouer sa clause résolutoire, mais devra se rabattre vers la plus incertaine résolution judiciaire puisque le juge pourra lui-même apprécier la gravité du manquement contractuel[1426]. En y regardant de plus près, seuls les effets de la clause résolutoire sont neutralisés mais pas le droit général de résoudre qui se poursuit sous sa forme unilatérale et judiciaire. En effet, une déchéance générale du droit de résoudre porterait une atteinte excessive à la force obligatoire du contrat. La violation du devoir de réaction fonctionne ici comme une déchéance par étape : le contractant, dans sa chute, est toutefois assuré de pouvoir recouvrer sa créance. C'est la raison pour laquelle il est possible d'affirmer que le droit semble à nouveau protéger, indirectement, l'absence de réaction du contractant des effets sévère de la déchéance en tendant un filet de sécurité qui ne l'empêche pas totalement de poursuivre sa créance, mais l'autorise simplement à d'autres conditions.

357. Ne pas se prévaloir de l'exception d'inexécution ou continuer d'exécuter le contrat malgré une inexécution ne présume pas la renonciation d'un

---

[1424] Cass. 3ème civ., 8 juillet 2021, n°20-10.803 ; v. déjà : Cass. 1ère civ., 16 février 1999, n°06-21.997, P I, n°52 ; JCP 1999. IV. 1661 ; v. également *Supra*, n°58 et s.
[1425] HOUTCIEFF D., *Droits des contrats, op. cit.,* n°985, p.689.
[1426] LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats 2021-2022*, *op. cit*., n°3227.21.

contractant au droit de résoudre – Ce jeu de la déchéance des sanctions de l'inexécution et du droit de résoudre est encore plus flagrant en matière d'exception d'inexécution. En témoigne un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 13 juillet 2016[1427]. Dans cette affaire, une société a cédé plusieurs lots de copropriété en l'état futur d'achèvement (VEFA). Le contrat stipulait que le prix devait être payé au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Peu après, le cessionnaire ne s'est pas acquitté entièrement du prix sans que cela ne pousse la société à suspendre la mise à disposition des locaux. Un nouveau gérant, découvrant que le cessionnaire occupait un appartement et en louait d'autres sans avoir réglé la totalité du prix, a décidé de l'assigner en résolution de la vente. Dans le pourvoi formé devant les hauts magistrats, le cessionnaire expliquait en substance que le fait, pour le cédant, de ne pas avoir inscrit le privilège du vendeur, de ne pas avoir réclamé le paiement des acomptes pourtant exigible et, plus globalement, d'avoir continué à exécuter le contrat, traduisait une renonciation du cédant à exercer l'action résolutoire. Sans surprise, la Cour de cassation a énoncé qu'il « ne pouvait être déduit de la délivrance des lots antérieurement au paiement intégral du prix d'achat et de la non-inscription du privilège du vendeur une renonciation non équivoque de la venderesse à exercer l'action résolutoire en cas de non-paiement du prix ». De cette solution, il est possible de déduire que le fait de ne pas mettre en œuvre l'exception d'inexécution de l'article 1220 du Code civil ne pourra pas faire présumer d'une renonciation à l'action résolutoire. *A fortiori*, la déchéance pour exercice tardif de l'exception d'inexécution ne pourra pas non plus empêcher le contractant d'exercer une action résolutoire. Comme le remarquait Hugo Barbier, la solution est heureuse, car « l'on en viendrait presque à obliger un créancier insatisfait à interrompre son exécution à titre conservatoire pour se ménager la possibilité de résoudre ensuite le contrat[1428] ». Le droit cherche ainsi à apporter des sanctions proportionnées à l'inertie du contractant sans jamais le déchoir de sa créance par une neutralisation totale des sanctions à sa disposition. Enfin, notons que l'apparition probable du devoir de minimiser le dommage dans le paysage juridique français pourrait relativiser les propos qui précèdent. En effet, le fait, pour le créancier victime, de ne pas mettre en œuvre certaines sanctions anticipatives, pourrait conduire à voir diminuer leur droit à réparation.

[1427] Cass. 3ème civ., 13 juillet 2016, n°14-26.958, RTD civ. 2016. 856, obs. H. Barbier; D.2017. 375, obs. M. Mekki.
[1428] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc

Paragraphe second : La protection directe de l'absence de réaction du contractant : la volonté comme limite au devoir de réaction

358. Une limite directe au devoir de réaction — Le devoir de réaction sanctionne le contractant qui, placé face à un dysfonctionnement ou une interpellation contractuelle, a le devoir de répondre ; il doit choisir entre user ou ne pas user d'un droit subjectif qui est menacé de déchéance. Son absence de réaction est ainsi sanctionnée par la déchéance dont la conséquence est de rendre inattaquable une situation de fait qu'il n'a pas forcément voulue. Théoriquement, pourtant, le silence ne saurait valoir, à lui seul, acceptation. Contrairement aux exemples précédents, qui offraient l'image d'un frein aux sanctions du devoir de réaction en sauvegardant la créance de l'inertie du créancier, les limites dont bénéficie le débiteur du devoir de réaction sont plus directes, pleines et entières. C'est-à-dire que cette forme de protection garantit au contractant que son absence de réaction n'aura absolument aucun effet sur le lien ou l'absence de lien contractuel, ou sur une modification de celui-ci. Plusieurs fondements abondent vers l'idée selon laquelle le fait, pour le contractant, de ne pas s'être prévalu de sa prérogative ne peut se traduire par une manifestation de volonté quelconque et ne saurait donc être sanctionné. À travers la liberté contractuelle et la force obligatoire, c'est ainsi la liberté d'exercice d'un droit qui est conservée. Le devoir de réaction trouvera ainsi, dans de tels principes, de nouvelles limites, puisque à elle seule, l'absence de réaction (donc la violation du devoir de réaction) ne pourra produire aucun effet.

359. La liberté contractuelle et la force obligatoire qui en découle protègent l'absence de réaction du contractant – Le grand principe de liberté contractuelle, protégé constitutionnellement en ce qu'il découle de la liberté du commerce et de l'industrie, et qui figure aux côtés de la bonne foi et de la force obligatoire au fronton du Titre III du Livre III du Code civil, trouve son assise textuelle à l'article 1102 qui dispose que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Sans revenir en détail sur son contenu, la liberté contractuelle s'entend comme l'âme de la volonté des contractants qui ont toute liberté pour accepter ou ne pas accepter la conclusion d'un contrat. Au-delà de ce principe qui s'applique à la formation, l'intangibilité et la force obligatoire du contrat viennent ensuite limiter les cas dans

lesquels le contrat ne peut être modifié par la seule inertie du créancier[1429]. De tels principes découlent l'une des manifestations les plus éclatantes d'un droit de ne pas réagir, celle que l'on retrouve désormais à l'article 1220 du Code civil et qui dispose que « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ». Même si une telle règle souffre d'un nombre croissant d'exceptions, elle constitue une solide protection de l'absence de réaction du contractant et limite ainsi l'essor du devoir de réaction. Elle consacre la règle selon laquelle un contractant ne peut être lié contractuellement ou réputé avoir accepté quoi que ce soit sans avoir exercé une manifestation de volonté. L'article 1119 du Code civil découle du même principe en affirmant que les conditions générales invoquées par une partie n'ont d'effet à l'égard de l'autre « que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptés ». Un contractant se voit donc assurer que son absence totale de réaction, du moins en principe, ne peut l'engager. Une telle règle oppose un frein à l'idée selon laquelle le silence peut s'interpréter comme une renonciation produisant les effets de la déchéance, et derrière laquelle se cache une sanction déguisée de la passivité[1430]. Le droit proclame, en principe, son absence d'effet. Le devoir de réaction trouve dans l'article 1120 une nouvelle limite. Il concerne principalement les situations dans lesquels un contractant ne va pas protester contre un évènement particulier et va, finir par perdre, en raison de son silence, le droit de le contester. Toutefois, les exceptions toujours plus nombreuses à ce principe invitent au contraire le contractant à réagir.

360. Un principe faisant face à des exceptions croissantes et offrant toujours plus de place au devoir de réaction — La force obligatoire du contrat prend le relai du principe selon lequel le silence ne peut valoir acceptation à l'article 1193 du Code civil qui dispose que « les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ». Une telle règle assure théoriquement que l'absence de réaction du contractant face à une modification du contrat ne peut valoir acceptation de celle-ci. Elle trouve de nombreux échos en droit spécial. Destinée, le plus souvent, à protéger la partie faible au contrat, la règle vient de

[1429] PÉRÈS C., « Liberté contractuelle », in *Dictionnaire du contrat*, *op. cit*., n°196, p.715 : Si l'article 1193 du Code civil rattache la modification du contrat à la force obligatoire du contrat, c'est du principe de liberté contractuelle que découle l'interdiction de modification unilatérale du contrat.
[1430] BARBIER H., « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », art. préc.

réaffirmer qu'en aucun cas, le silence du contractant ne pourra être interprété comme une volonté de renoncer à protester contre une modification contractuelle. Par exemple, en droit des assurances, les modifications apportées au contrat par l'assureur sont considérées comme inopposables à ce dernier s'il n'a pas donné son acceptation, expressément ou tacitement, ce que son silence ou son acquittement postérieur des cotisations ne sauraient constituer[1431]. En droit du travail, le silence et l'inertie du salarié ne peuvent avoir d'effet que lorsque la proposition de modification de son contrat travail advient pour un motif économique : dans tous les autres cas, son absence de réaction ne produit aucun effet[1432] et le salarié ne peut renoncer, expressément ou tacitement, à un droit[1433]. Toutefois, la règle inverse est également vraie et permet une meilleure protection du contractant : il s'agit de mettre à l'abri le travailleur ou l'assuré des manœuvres dilatoires de son cocontractant par le mécanisme d'une exception au principe selon lequel le silence ne vaut acceptation, qui consiste ici à instaurer un devoir de réaction. L'article L.112-2 du code des assurances dispose par exemple qu'est considérée comme acceptée « la proposition, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse par cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue ». Cependant, de telles exceptions légales se multiplient et ne profitent pas toujours à la partie faible. L'article 3 du règlement dit *Platform to Business*[1434] impose ainsi à l'entreprise de se prononcer dans un délai raisonnable face à la décision du fournisseur de modifier unilatéralement les conditions générales du contrat : une attitude passive de l'utilisateur conduit à une impossibilité de contester la situation née de son inertie à protester contre la modification. Par ailleurs, de manière générale, la renonciation tacite constitue une limite essentielle à ce droit de ne pas réagir. Le silence et l'inertie d'un contractant dans le jeu de ses prérogatives perdent leur protection dès lors que son comportement traduit une manifestation de volonté dans le sens inverse. Pierre Godé arrivait ainsi à décrire des situations dans lesquelles un contractant pouvait être à la fois silencieux et réagir : c'est ce qu'il appelait « l'abstention dans l'action[1435] ». Ainsi, lorsqu'un silence est entouré d'une réaction, le droit peut

---

[1431] EYMARD-GAUDIN N., « Assurances de personnes », RGDA, n°1997-1, p.211, note sous Cass. 1ère civ., 10 décembre 1996, n°94-19276.
[1432] L.1222-6, C. trav.
[1433] CARSIN X., *La renonciation en droit du travail*, th. préc., p.73 et s.
[1434] Art. 3, Règlement (UE) n°2019/1150 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrice de services d'intermédiation en ligne.
[1435] GODÉ P., *Volonté et manifestations tacites*, th. préc., n°140, p.153.

entériner une modification contractuelle[1436]. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'une des parties n'a pas protesté et a continué à exécuter le contrat malgré une modification unilatérale de celui-ci[1437]. Seule, finalement, l'absence totale de réaction est protégée par le droit.

361. Conclusion de la section – Le droit des contrats porte en lui des fondements, des principes permettant de juguler le devoir de réaction vers une exigence socialement acceptable, en tentant d'équilibrer sa recherche d'efficacité avec l'intangibilité des droits et obligations des parties. Face à l'essor du devoir de réaction, il offre au contractant un droit de ne pas réagir qui peut prendre plusieurs formes. L'une est solide, mais indirecte, tandis que l'autre, est mieux établie, mais moins étanche. D'abord, par le truchement de la force obligatoire du contrat, la sanction de l'absence de réaction du contractant connaît plusieurs limites. Lorsque la déchéance n'a pas été prévue légalement ou contractuellement, le juge s'efforce de l'éloigner le plus possible de la créance. La jurisprudence *Les Maréchaux* autorise ainsi la sanction de l'inertie, mais interdit que le contractant soit déchu de sa créance. En matière de sanction de l'inexécution, la jurisprudence agit de même : la déchéance de l'une ne saurait entrainer la déchéance de toute, et plus généralement du droit d'agir en justice pour recouvrer sa créance. En d'autres termes, le droit de ne pas réagir ne protège pas le créancier, mais la créance. Ensuite, le grand principe découlant à la fois de la liberté contractuelle et de la force obligatoire proclamant l'intangibilité des conventions pourrait consister un solide fondement au droit de ne pas réagir si ses exceptions n'étaient pas si nombreuses. Dans la volonté et la création du lien contractuel, l'article 1120 du Code civil oppose des obstacles solides à une exigence de réactivité permanente. Dans l'exécution du contrat toutefois, il est possible de se demander si une telle exigence n'est pas en déclin face à la multiplication des exceptions légales et celles, encore plus redoutables, relevant de la renonciation tacite qui donne de la vigueur au devoir de réaction. De telles exceptions peuvent se comprendre, tant le devoir de réaction répond à un besoin d'efficacité qui

---

[1436] FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. préc., n°58, p.49.

[1437] Cass. Civ. 3e, 26 janvier 1976, JCP 1976, IV, p.367 : le bailleur qui avait laissé exploiter dans les lieux loués une maison de retraite, avait rendu régulièrement visite aux preneurs en donnant toutes sortes de marques d'intérêt pour leur activité, n'a pas été admis par la suite à se prévaloir du défaut d'autorisation d'exercer une activité commerciale v. égal. Cass. Com., 12 janvier 1967, D.S. 1967, Somm., p.77, Bull. Civ., n°29 ; Cass. Civ. 3e, 27 février 1979, JCP 1979, IV, p.157.

suppose de stigmatiser les absences préjudiciables de réponse. Si un droit de ne pas réagir existe, c'est autour de la protection de la créance qu'il a le plus de consistance.

Section seconde : La recherche d'un fondement extracontractuel destiné limiter le devoir de réaction du contractant

362. Annonce – Si le droit des contrats oppose des fondements efficaces destinés limiter l'essor du devoir de réaction du contractant en lui offrant les contours d'un droit de ne pas réagir, le droit des libertés fondamentales constitue également un obstacle au devoir de réaction. Il permet de lutter non pas contre le cocontractant, mais contre le législateur et le juge qui imposeraient des délais intenables – ce n'est plus tant contre la sanction, mais contre le temps, autre composant du devoir de réaction, que le droit vient encadrer. Le devoir de réaction, en ce qu'il institue une déchéance, peut porter une atteinte particulièrement forte à certains droits fondamentaux et justifier parfois l'intervention d'une cour supranationale ou d'un contrôle de proportionnalité. Ainsi, après avoir esquissé un rapide aperçu du contenu du droit à un procès équitable et de la manière dont il permet d'apprécier les délais de prescription extinctive (**paragraphe premier**) nous proposerons une extension du raisonnement aux délais qui fondent le devoir de réaction, ceux de forclusion et de déchéance notamment (**paragraphe second**).

Paragraphe premier : Le délai de prescription, composant du droit à un procès équitable

363. Les restrictions temporelles induites par le devoir de réaction face aux libertés fondamentales — Lorsqu'il impose au contractant de préserver ses propres intérêts en le menaçant d'une impossibilité de se prévaloir de son droit subjectif, le devoir de réaction fait peser une menace redoutable sur la tête de son débiteur. À travers la sanction de la déchéance, le titulaire d'un droit subjectif se retrouve privé de l'effectivité de son droit et dans l'impossibilité procédurale de s'en prévaloir. En matière contractuelle, de telles sanctions sont pourtant légitimes. Qu'elles soient d'origine légale ou contractuelle, leurs consécrations par le législateur les rendent difficilement attaquables sur des fondements strictement contractuels. Les déchéances sont, par ailleurs, d'une efficacité pratique sans commune mesure que le droit des obligations s'efforce d'accroître et de légitimer, ce qui contribue à les rendre, de ce point de vue, incritiquables. Toutefois, en prenant un peu de recul, ce foisonnement exponentiel des délais de forclusion, raisonnables ou préfixes, et des délais de déchéance contribuant à intensifier le rythme juridique des parties ne peut qu'interpeller le juriste. Une vision

uniquement contractuelle du devoir de réaction l'empêche parfois de voir des dangers qui ne se révèlent que lorsque l'on sort de ce cadre, pour analyser un tel devoir sous l'angle des libertés fondamentales. Indubitablement, l'essor du devoir de réaction menace le droit au procès équitable du contractant à travers lequel les juges tentent de protéger l'absence de réaction d'une sanction liberticide. En pratique, cela signifie qu'il devient possible d'attaquer non seulement la simple présence légale ou l'admission jurisprudentielle d'une déchéance, mais également de limiter la liberté contractuelle des parties quant aux clauses de réaction, dépassant ainsi le simple encadrement que le droit des contrats a bâti autour du devoir de réaction[1438].

364. Le droit à l'accès au juge, composante du droit à un procès équitable – Le droit au procès équitable est la matrice de laquelle sont issus un certain nombre de droits fondamentaux en rapport avec l'organisation des juridictions et du procès[1439]. L'on retrouve ses expressions dans plusieurs sources dont la plus célèbre est l'article 6 § 1 de la CEDH qui dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. […] ». Le droit au procès équitable peut se décliner en un certain nombre de libertés fondamentales parmi lesquelles figure celle qui intéresse au plus près le devoir de réaction, le droit d'accès au juge (ou droit d'accès au tribunal). En effet, c'est à la jurisprudence de la Cour EDH que l'on doit sa consécration. À l'occasion de l'arrêt *Golder*, la Cour a affirmé que la prééminence du droit à un procès équitable « ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder à un tribunal[1440] ». Les nombreuses déclinaisons dont a fait l'objet ce droit nous intéresse ici moins que les limites qui lui sont opposables. La Cour, tout en veillant à l'effectivité du droit d'accès au juge, admet parfaitement que l'article 6 § 1 puisse supporter des limitations implicites de nature à répondre à certains intérêts légitimes par les États[1441] : la règlementation des délais pour agir en fait partie. Elle contrôle ainsi la proportionnalité des moyens utilisés par les

[1438] V. *Supra*, n°303.
[1439] DUPRÉ DE BOULOIS X., *Droit des libertés fondamentales*, Thémis, PUF, 2018, n°767, p.498.
[1440] CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n°4451/70, §34.
[1441] GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'Homme*, *op. cit.*, n°533, p.299.

juridictions nationales pour réaliser un but légitime[1442]. La durée et les modalités d'un délai de prescription sont donc contrôlées à la lumière du droit à un procès équitable. Les juges européens admettent la légitimité des délais de prescription et la restriction qu'ils apportent au droit au procès équitable dès lors que ceux-ci sont jugés raisonnables[1443]. À travers ce standard, les juges luttent en réalité contre la durée parfois courte des délais de prescription[1444] : c'est ce qu'est venue affirmer la CEDH dans l'arrêt *Stubbings c/Royaume-Uni*[1445] par lequel elle a rappelé la validité des délais de prescription dès lors qu'ils ne sont pas exagérément courts. Le contrôle opéré par la Cour porte également sur l'appréciation du point de départ de la prescription comme en témoigne l'arrêt *Sanofi-Pasteur c./France* du 13 février 2020[1446] dans lequel elle a rappelé qu'au nom du principe de sécurité juridique, les législations doivent veiller à ne pas entraver l'accès à la justice des personnes dont l'intégrité physique a été atteinte, avant de considérer que la société requérante n'avait pas violé, en l'espèce, l'article 6 § 1 de la CEDH.

365. L'utilisation par les juges internes du contrôle de proportionnalité sur la légitimité d'un délai de prescription – La conformité de la durée ou des modalités du délai de prescription au droit à un procès équitable trouvent un écho, en droit interne, à travers le contrôle de proportionnalité poussant les juges à s'interroger sur la conformité d'un tel délai aux droits fondamentaux du justiciable. Le *quantum* de la prescription, ainsi que son point de départ, sont parfois analysés à l'aune du droit au procès équitable. Ainsi, le 16 février 2022[1447], la troisième chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que « sauf à porter une atteinte disproportionnée au droit d'accès au juge, le constructeur dont la responsabilité est ainsi retenue en raison des vices affectant les matériaux qu'il a mis en œuvre pour la réalisation de l'ouvrage, doit pouvoir exercer une action récursoire contre son vendeur sur le fondement de la garantie des vices

---

[1442] MILANO L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Dalloz, 2006, n°299, p.231.
[1443] Pour les juridictions internes : v. par ex. : Cass. com., 8 mars 1994, n°92-13.394, P IV, n°101 ; D.1996. 215, obs. F. Pérochon ; pour la Cour EDH, v. par ex. : CEDH, 6 octobre 1932, n°9707.82, DR, vol.31.
[1444] FRICERO N., « Droit à un tribunal indépendant et impartial », *in Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2021-2022, n°311.62.
[1445] CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et a. c/Royaume-Uni*, n°22083/93 et 22095/93, §49.
[1446] CEDH, 13 février 2020, *Sanofi-Pasteur c./ France*, n°25137/16, §50 et s., Gaz. pal. 2020, n°32.24, obs. V. Mazeaud.
[1447] Cass. 3ème civ., 16 février 2022, n°20-19.047 ; *contra* Cass. com., 16 janvier 2019, n°17-21.477 qui considère que « l'action en garantie des vices cachés, même si elle doit être exercée dans les deux ans de la découverte du vice, est aussi enfermée dans le délai de prescription prévu par l'article L.110-4 du Code de commerce, qui court à compter de la vente initiale ».

cachés sans voir son action enfermée dans un délai de prescription courant à compter de la vente initiale[1448] ». En choisissant d'insérer l'action du constructeur dans la prescription de la garantie des vices cachés, qui commence à courir à la découverte du vice sans l'enfermer dans la prescription de l'article L.1110-4 du Code de commerce, qui commence à courir à partir de la vente initiale, la troisième chambre civile fait le choix d'offrir une solution favorable au constructeur titulaire d'une action récursoire. Au-delà des débats entourant l'encadrement temporel de la garantie des vices cachés[1449], c'est le fondement retenu qui intéresse le devoir de réaction en ce qu'il constitue une source importante de nouvelles limites. En effet, si l'on sait que les délais de prescription ne créent pas un devoir de réaction dans le sens où elle n'a pas pour objectif de sanctionner la passivité d'un contractant[1450], force est de constater que la jurisprudence rendue à son sujet pourrait donner le ton pour faire face à d'autres types de délais qui, eux, fondent des devoirs de réaction.

Paragraphe second : L'extension du droit à un procès équitable aux délais fondant le devoir de réaction

366. L'extension du droit à l'accès au juge aux autres délais – Au centre du contentieux du droit d'accès au juge se trouvent les délais de prescription qui ne doivent pas occulter le fait que d'autres délais pour agir peuvent tout à fait porter atteinte au droit à un procès équitable de l'article 6 § 1 de la CEDH. Le raisonnement des lignes qui précèdent s'applique, *a fortiori*, aux délais de forclusion dont on sait qu'ils imposent un devoir de réaction au contractant. Les délais de forclusion sont traditionnellement analysés comme étant plus courts et plus aveugles que les délais de prescription. À ce titre, ils portent en eux non seulement le devoir de réaction, mais aussi la potentialité d'une atteinte beaucoup plus forte au droit à un procès équitable. C'est la raison pour laquelle un délai de forclusion excessivement court pourrait faire l'objet d'une condamnation de la CEDH[1451]. Plus encore, le contrôle de proportionnalité opéré par les juges nationaux pourrait aboutir à des solutions plus judicieuses dans le grand débat qui oppose prescription et forclusion, notamment lorsque la seconde se pare de

[1448] Celui de cinq ans, de l'article L.110-4 du Code de commerce.
[1449] BRUN P., « Le feuilleton du délai butoir en matière de garantie des vices cachés », D.2022. 257.
[1450] V. *Supra*, n°133.
[1451] FRICERO N., « Droit à un tribunal indépendant et impartial », *in Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile*, *op. cit.*, n°311.62.

conventionalité pour couper l'herbe sous le pied à la première. De plus, l'on sait qu'un tel fondement est parfaitement applicable au droit des contrats[1452], depuis que la validité d'une clause pénale a pu être analysée à l'aune de son atteinte excessive au droit d'agir en justice[1453]. Rien n'empêche finalement les juges de contrôler les clauses de forclusions ou autres déchéances sur ce fondement. Ce serait la première des fonctions du contrôle par le droit à l'accès au juge, celle de limiter le devoir de réaction par la lutte contre les délais excessivement courts. Une autre fonction pourrait être de limiter la portée des délais jugés sévères par un contrôle de proportionnalité. Par exemple, le Professeur Balat proposait, dans un article très remarqué, de considérer que tout délai qui n'est pas expressément qualifié de forclusion doit être considéré comme un délai de prescription[1454]. Le contrôle de proportionnalité opéré sur le fondement du droit à un procès équitable pourrait pousser les magistrats à abonder dans le sens de cette idée puisqu'un délai de forclusion est davantage susceptible de porter au droit au procès équitable. Ainsi, dans les textes de loi qui ne précisent guère la nature du délai, comme le délai de deux ans de l'article 1648 du Code civil[1455], les juges pourraient se prononcer en faveur de la prescription à l'aune du contrôle de proportionnalité. Le droit au procès équitable constituerait un solide fondement pour trancher, en cas de doute, sur la nature d'un délai. Dans la même veine, certains auteurs avaient dénoncé la tendance qu'ont les magistrats à considérer qu'une clause contractuelle destinée à aménager un délai pour agir devait, sans plus de précision, automatiquement s'analyser comme une forclusion conventionnelle[1456]. Le droit au procès équitable, non seulement dans sa composante de l'accès au juge, mais aussi de sécurité juridique qu'elle sous-tend, pourrait aboutir à la solution inverse tant l'on sait que les débiteurs de ce type de clause sont très souvent surpris par l'absence de causes de suspension et d'interruption d'une forclusion qu'ils pensaient être une prescription. Aucun obstacle théorique ne permet de faire l'économie d'un contrôle de proportionnalité sur les forclusions conventionnelles et indéterminées. Au contraire, il est même souhaitable de protéger le contractant des effets parfois dévastateurs de la forclusion en favorisant la prééminence du délai de prescription sur le

---

[1452] FABRE-MAGNAN M., « Et si les droits de l'homme étaient pris en compte dans le contrat ? », RDLF, 2019, chron. n°34.
[1453] Cass. 1ère civ., 16 décembre 2015, n°14-29.285 ; D.2016. 566, obs. M. Mekki, RTD civ. 2016. 339, obs. H. Barbier ; RTD civ. 2016. 424, obs. M. Grimaldi.
[1454] BALAT N., « Forclusion et prescription », art. préc.
[1455] Sur le débat opposant les chambres de la Cour de cassation, v. *Supra*, n°31.
[1456] CAYROL N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, th. préc., n°385 ; BARBIER H., « Lorsqu'une stipulation, qualifiée de clause de forclusion, déjoue les mécanismes interruptifs de prescription » art. préc.

fondement du droit à un procès équitable. L'application du droit à un procès équitable peut ainsi avoir trois applications distinctes pour limiter le devoir de réaction : lutter contre les délais excessivement courts, opérer un contrôle de proportionnalité en cas de doute sur la nature du délai et interpréter les clauses destinées à aménager le délai pour agir plus favorablement au débiteur.

367. L'extension du droit à l'accès au juge aux délais qui ne portent pas atteinte au délai pour agir et qui fondent un devoir de réaction – La multiplication des délais qui ne sont pas des délais pour agir, mais qui sont destinés à imposer au contractant l'exercice d'un acte extrajudiciaire sous peine d'être déchu de son avantage, et donc d'un devoir de réaction, peuvent également faire l'objet d'une analyse sur le fondement du droit à un procès équitable. D'un côté, un encadrement temporel ne constituant pas un délai pour agir ne pourrait, semble-t-il, être attaqué sur le fondement du droit au procès équitable en raison du caractère extrajudiciaire de son champ d'application. Pourtant, la déchéance, attachée à certains délais, ne laisse aucun doute sur les conséquences indirectes de ses effets : le contractant se retrouvera dans l'impossibilité de faire valoir ses droits devant un tribunal. Le contractant déchu de son droit de préemption à la suite de son absence de réaction face à une action interrogatoire l'empêche ainsi de s'en prévaloir devant les juges qui, après avoir constaté la réunion de toutes les conditions de la déchéance, n'aura d'autre choix que de la prononcer[1457]. L'automaticité de la déchéance conduit, par conséquent, à l'impossibilité pour le contractant de faire valoir ses droits et soulève la question de la conformité de ce type de délais au droit à un procès équitable. À l'instar des délais pour agir, ils bénéficient d'une validité de principe en ce qu'ils constituent des restrictions légitimes au droit fondamental concerné. De la même manière pourtant, ils peuvent devenir source d'illicéité lorsqu'ils sont exagérément courts. Toutefois, ils enferment le devoir de réaction dans des délais beaucoup plus courts que ceux qui concernent le délai pour agir. L'on pense, par exemple, au délai de quinze jours dont dispose l'assuré pour déclarer à l'assureur des circonstances nouvelles de nature à aggraver les risques[1458]. Plus particulièrement, les délais de

[1457] Lorsqu'elle découle d'un délai de forclusion ou d'un délai préfix, les conséquences procédurales des déchéances résident dans une fin de non-recevoir. Pour certains auteurs, il s'agit d'une défense au fond dans la mesure où l'article 122 du code de procédure civile ne la mentionne pas expressément : FRELETEAU B., *Devoir et incombance en matière contractuelle,* th. préc., n°447, p.463 ; LE GARS A., *La déchéance des droits en droit privé français,* th. préc., n°379.
[1458] Art. L.113-2, C. ass.

déchéance sont le plus souvent adossés à des standards, tels que le « délai raisonnable » ou « le temps utile ». Leur prolifération déplace alors le débat sur une autre composante du droit au procès équitable, celui de la sécurité juridique offerte par ce type de délais. C'est sur ce terrain que s'était placé le plaideur dans une affaire ayant eu lieu avant la réforme du 17 février 2005, à une époque où l'article 1648 du Code civil disposait que l'action en garantie des vices cachés imposait à l'acquéreur un devoir de réaction à « bref délai ». Dans son pourvoi, l'acquéreur expliquait que le manque de précision d'un tel délai portait atteinte à son droit au procès équitable en ce que les conditions d'exercice de l'action rédhibitoire, qui n'étaient ni claires ni intelligibles pour le justiciable moyen, juraient avec le principe de sécurité juridique. Fort heureusement, la Cour de cassation a proclamé que si la notion de bref délai n'indique pas une durée précise, elle « n'en est pas moins claire dans son objectif et d'application simple, selon une jurisprudence constante et ne saurait constituer une restriction inadmissible au droit d'agir[1459] » avant d'énoncer sa compatibilité avec l'article 6§1 de la CEDH. Sur le principe, les délais adossés à un standard permettent une flexibilité nécessaire dont les incertitudes sont chassées par les modes de calcul prévisibles des juges du fond. D'un autre côté, Nicolas Molfessis avait raison de souligner le paradoxe entre les arrêts rendus et les suggestions de modification législative de la même Cour, qui plaidait, en 1998, pour la détermination d'un délai fixe en raison d'un contentieux abondant[1460]. Quelques années plus tard, le législateur devait lui emboiter le pas en fixant un délai de deux ans à l'action rédhibitoire de l'article 1648 du Code civil, reconnaissant indirectement les risques sécuritaires des délais adossés à un standard. Par l'ordonnance du 10 février 2016, ce même législateur est venu parsemer le livre III du Code civil d'une myriade de délais standardisés qui, à n'en pas douter, feront fleurir un contentieux abondant. La soumission d'un certain nombre de prérogatives contractuelles à un devoir de réaction, notamment en matière de sanctions de l'inexécution, pose à nouveau la question du droit au procès équitable dans son volet sécuritaire. Ces délais raisonnables seront d'autant plus dangereux qu'ils risquent, un jour, d'être appréciés à la lumière du devoir de minimiser son dommage[1461]. Peut-être qu'après avoir appliqué ces standards pendant plusieurs années dans la brèche

---

[1459] Cass. 1ère civ., 21 mars 2000, n°98-11.982, RTD civ. 2000. 666, obs. N. Molfessis, D.2000. 593, obs. C. Atias, RTD civ. 2000. 592, obs. P.-Y. Gautier.
[1460] MOLFESSIS N., « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », RTD civ. 2000, p.666.
[1461] V. *Supra*, n°182.

contentieuse qui va s'ouvrir, la Cour de cassation plaidera-t-elle à nouveau pour la fixation d'un *quantum* déterminé dans les délais raisonnables instituant des déchéances.

368. Conclusion de la seconde section – Les arguments développés dans la présente section avaient pour ambition de démontrer que l'essor du devoir de réaction peut rencontrer de nouvelles limites hors du contrat, dans les droits fondamentaux dont jouissent les contractants. De telles limites nous semblent souhaitables dans le sens où le modèle du contractant réactif, aussi efficace soit-il, ne doit pas conduire à le soumettre à une réactivité intenable ni à soumettre ses droits à une déchéance aveugle. A ainsi pu être avancé un grand fondement destiné à protéger le contractant face aux conséquences éventuellement néfastes du devoir de réaction : le droit au procès équitable. Plus particulièrement dans sa composante du droit à l'accès au juge et de la sécurité juridique, le droit au procès équitable permet d'opposer une sérieuse limite aux délais de déchéance, qu'ils constituent des délais pour agir ou non, en permettant non seulement de lutter contre ceux qui seraient exagérément courts, mais aussi, à travers le contrôle de proportionnalité, permettre aux juges d'adopter une interprétation favorable aux délais qui profitent le plus aux justiciables.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

369. Conclusion du chapitre premier — Face à l'essor du devoir de réaction, s'est posée la question de savoir si ce dernier ne trouvait-il pas quelques limites dans un droit de ne pas réagir. Ce dernier est entendu assez largement, allant du droit de ne pas réagir du tout au droit de prendre son temps en passant par la limitation des conséquences de l'absence de réaction. La recherche de ses fondements s'est effectuée à deux niveaux : l'un contractuel, l'autre extracontractuel. En droit des contrats, les deux grands principes que sont la force obligatoire et la liberté contractuelle offrent de solides limites au devoir de réaction qui découle, quant à lui, du devoir général de bonne foi. Cette confrontation entre ces différents principes a donné naissance un balancement entre, d'une part, la nécessité de sanctionner des comportements déloyaux et, d'autre part, celle de protéger la créance du contractant ainsi que l'intangibilité du contrat. La première bénéficie d'une protection plus forte que la seconde : la déchéance attachée au devoir de réaction ne peut ainsi, lorsqu'elle ne découle pas de la loi ou d'une clause contractuelle, ni toucher à la substance de la créance ni aux possibilités pour le contractant de les réclamer en justice. En revanche, si le silence ne saurait valoir acceptation, force est de constater que le comportement des contractants permet en constitue une redoutable exception. Une vision strictement contractuelle des limites du devoir de réaction ne pouvait toutefois suffire à brosser toutes les limites du devoir de réaction. Pour en donner une image complète, aussi fallait-il le confronter aux droits fondamentaux qui l'intéresse. Parmi eux, le droit à un procès équitable permet non seulement de lutter contre les délais trop courts, mais le contrôle de proportionnalité qu'il induit permet également de canaliser *in favorem* les modalités et l'interprétation de tels délais. Le droit de ne pas réagir limite-t-il le devoir de réaction ? Les fondements, à n'en pas douter, existent. Ils veillent à ce que le contractant dispose d'un laps de temps suffisant. Ils permettent de fixer des limites, mais des limites somme toutes virtuelles. Un droit de ne pas réagir en demi-teinte, qui limite plus qu'il ne protège.

CHAPITRE SECOND : LE DEVOIR DE NE PAS RÉAGIR

370. Le devoir de réaction compose avec un devoir de ne pas réagir — Le devoir de réaction, pour être pleinement efficace, doit parfois laisser sa place à un devoir de ne pas réagir. Dans de telles hypothèses, le droit cherche ici moins à sanctionner la soudaineté d'une réaction qu'à protéger les parties des conséquences néfastes de leur propre précipitation en leur enjoignant, à rebours d'une époque marquée par la vitesse et la soudaineté, de prendre du temps avant de réagir. Le devoir de ne pas réagir peut se définir comme une contrainte comportementale mettant le contractant dans une impossibilité temporaire de se servir de ses prérogatives contractuelles. Le droit gèle alors temporairement les prérogatives d'un contractant ou lui impose un délai de latence avant de mettre en œuvre son droit. Un tel phénomène reste, pour le moins, anecdotique. Impossible de décrire une tendance générale, mais seulement de souligner un épiphénomène dont l'essor du devoir de réaction est probablement la cause. Il vaudrait mieux parler, d'ailleurs, d'une résurgence du devoir de ne pas réagir en ce qu'il n'est qu'une manifestation récente d'une rémanence du passé. Chacun songe à l'imaginaire populaire d'un temps révolu : « l'incitation à ne pas réagir tout de suite était dans les esprits. On a longtemps présumé que l'homme pense mieux quand il pense longtemps, que le temps a un effet vertueux sur sa réflexion et l'on a ainsi chanté une ode au mûrissement[1462] ». Le droit impose ainsi, ponctuellement, une passivité forcée aux contractants qui, en se multipliant, érigent des limites non seulement au devoir de réaction, mais aussi à l'imaginaire d'efficacité qui l'entoure en prouvant que la passivité en est également une source. Maud Laroche remarquait en ce sens que « loin de sanctionner systématiquement la passivité, alors pourtant qu'elle semble aller à rebours du comportement réactif attendu des acteurs économiques, le législateur et le juge peuvent inviter à la passivité lorsque celle-ci est le moyen le plus adapté d'assurer une

---

[1462] BARBIER H., « Rapport de synthèse », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, préc., p.69 : des proverbes comme « la nuit porte conseil » ou « la vengeance est un plat qui se mange froid » témoignent de la sagesse accolée au temps long ; v. également : GIRARD R., *Achever Clausewitz*, éd. Flammarion, 2011, p.119 : « Dès que le rythme des échanges s'accélère, la réciprocité apparait pour ce qu'elle st : conforme à la loi du duel. C'est pourquoi, dans toutes les sociétés traditionnelles, on voit, lors d'un échange, les deux parties différer tant qu'elles le peuvent le « paiement en espèce ». La même réalité se retrouve dans les marchés les plus prosaïques : il n'est jamais bon de s'accorder trop vite sur l'achat d'une vache ou d'une maison. C'est tout le sens aussi de la lenteur de la justice, qui « traîne », dans les affaires de divorce comme au sujet de crimes odieux. Cette lenteur, qui n'est pas justifiée en apparence, l'est tout à fait au niveau anthropologique : elle constitue un frein [...] qui ralentit les rapports, leur évite de dégénérer en réciprocité ».

réaction optimisée pour tous[1463] ». La démarche scientifique consistant à rechercher les traces d'un devoir de ne pas réagir permet deux choses : décrire, d'abord, de nouvelles juridiques limites au devoir de réaction dont l'abstention forcée le bloquera dans son principe et sanctionnera son exercice ; plus fondamentalement, ensuite, relativiser le modèle du contractant réactif qui, si à bien des égards, est d'une efficacité salutaire pour gérer les dysfonctionnements contractuels, n'est pas une panacée.

371. Distinction entre devoir de ne pas réagir et devoir de réagir avec mesure —Le devoir de ne pas réagir se distingue de l'exigence de mesure dans la mise en œuvre du devoir de réaction étudiée plus en amont[1464]. Dans cette dernière hypothèse, c'était la manière de réagir du contractant pourtant soumis à un devoir de réaction qui lui était reprochée. Il devait réagir, mais a mal réagi. Dans les lignes qui suivent, au contraire, il est exigé du contractant une absence totale de réaction pendant une période qui tire sa durée soit de la présence d'un délai, soit de la survenance d'un évènement particulier.

372. Annonce – Le devoir de réaction trouvera de nouvelles limites toutes les fois où il sera considéré comme indésirable parce qu'inefficace. Aux côtés de ce dernier se développe ainsi un devoir de ne pas réagir permettant de prévenir ou de corriger, en amont, les effets néfastes d'une réaction exagérément soudaine ou précipitée. Ce devoir de ne pas réagir confronte le devoir de réaction (**section première**) et le complète dans l'exécution du contrat lorsqu'un risque survient (**section seconde**).

[1463] LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », in *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, *ibid*., p.45.
[1464] V. *Supra*, n°306 et s.

Section première : L'opposition du devoir de réaction et du devoir de ne pas réagir

373. Annonce – La période précontractuelle offre de nombreux exemples dans lesquels le droit force le contractant à une passivité contrainte qui permet de prévenir les conséquences d'une décision précipitée ou irréfléchie. Tantôt, il s'agit de protéger le débiteur contre les effets de sa propre précipitation (**paragraphe premier**), tantôt de protéger le contractant contre la précipitation de son cocontractant (**paragraphe second**). Une telle limite au devoir de réaction permet à la fois d'assurer une saine réflexion des parties et de se prémunir des voltefaces du créancier impatient.

Paragraphe premier : Le devoir de ne pas réagir destiné à protéger le contractant contre sa propre précipitation

374. Annonce — Le devoir de réaction, peu important sa forme, a pour élément central le temps. Celui-ci se traduit le plus souvent par l'existence d'un délai qui permet de le fonder mais aussi d'apprécier la bonne réaction. Les délais peuvent ainsi fonder un devoir de réaction, mais aussi un devoir de ne pas réagir. De tels délais instituant des devoirs de ne pas réagir privent d'effet toute réaction apportée par un contractant avant l'expiration d'un délai déterminé. Même s'ils sont rares, leur utilité est, dans certaines matières, déterminante. Ils permettent ainsi, dans différents domaines, de protéger une personne confrontée à un choix majeur, parfois dans une situation difficile (**I**). Transposés au droit des contrats, ils permettent de protéger le contractant confronté à une décision économique risquée (**II**).

I. Un devoir de ne pas réagir immédiatement face à une décision difficile

375. Les délais de réflexion fondés sur la vulnérabilité du contractant —Les délais instituant un devoir de ne pas réagir sont la traduction juridique de l'idée selon laquelle une décision prise après l'écoulement d'un certain temps est le signe d'une circonspection et d'une prudence de nature à délivrer une décision qui, en plus d'être raisonnable, est présumée libre. La résurgence de cette sagesse populaire et ancienne trouve son illustration, en droit privé, dans la multiplication des délais de réflexion. Les délais de réflexion se distinguent des délais de rétractation en ce qu'ils imposent un délai à respecter avant de s'engager ou d'user d'une prérogative tandis que,

dans les seconds, l'acte est conclu, mais ne devient définitif qu'à l'issue d'un défaut de rétractation dans le délai en cause[1465]. Ce type de délai permet d'ajouter une nouvelle limite au devoir de réaction : ceux qui y sont soumis ne peuvent en aucun être soumis à une exigence de réactivité particulière. Surtout, ils montent que la réactivité n'est pas nécessairement conforme à la volonté libre et éclairée des parties faibles. Déjà, l'exemple des clauses abusives[1466] démontrait une volonté d'abriter les parties faibles du devoir de réaction qui souffle sur les contrats d'affaires. Le modèle du contractant réactif et son devoir de réaction s'essouffle ainsi devant la vulnérabilité de son titulaire. Les délais de réflexion ne donnent, cependant, pas tous naissance à un devoir de ne pas réagir. Souvent, ils ont seulement pour fonction d'assurer une plage temporelle incompressible permettant au contractant, dont la décision est jugée difficile ou dont la qualité le rattache à la catégorie des parties faibles, de prendre une décision éclairée. Hors la matière contractuelle, par exemple, l'article 771 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, offre à l'héritier un délai de quatre mois pour exercer l'option successorale. Dans une entreprise en difficulté, le salarié pris dans la tourmente d'une vague de licenciements peut se voir proposer une modification de son contrat de travail face à laquelle il dispose d'un délai de réflexion de vingt jours pour y répondre[1467]. Dans ces cas-là, l'idée sous-jacente est de lui permettre de s'informer et de réfléchir[1468]. Il s'agit moins d'empêcher une réaction hâtive du successif, puisqu'il peut y renoncer et opter immédiatement, que de lui garantir un délai pendant lequel il est assuré que nul ne pourra tenter de le contraindre à opter. Mais il n'a pas le devoir de ne pas réagir dans le sens où ses prérogatives ne sont pas gelées. Dans d'autres formes de délais de réflexions en revanche, le contractant devient débiteur d'un devoir de ne pas réagir.

376. Les délais de réflexion fondés sur l'importance de la décision —D'autres fois, le délai de réflexion se fonde sur l'importance et le caractère irréversible de la décision sur le point d'être prise. En droit de la famille et des personnes, l'on retrouve cette conjonction entre une situation présumée difficile et la nécessité d'une prise de décision à laquelle un délai de réflexion est accolé. Par exemple, dans le domaine de

---

[1465] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n°452 et 453, p.531 ; JULIEN J., *Droit de la consommation*, 3e éd., Précis, LGDJ, 2019, n°169, p.217 ; MAGNIN F., « Droit de rétractation et délai de réflexion dans la loi S.R.U. : ne pas confondre ! », LPA n°40, 26 février 2001, p.6.
[1466] V. *Supra*, n°292 et s.
[1467] Art. L.1233-60, C. trav.
[1468] LEROYER A.-M., *Droit des successions*, 4e éd., Dalloz, 2020, n°368, p.294.

la filiation par procréation médicalement assistée, le couple peut consentir à ce qu'il soit mis fin à la conservation de leurs embryons, mais ce consentement doit faire l'objet d'une confirmation « par écrit après un délai de réflexion de trois mois[1469] ». Un délai de même nature doit être respecté par le prestataire d'une chirurgie esthétique qui doit laisser à son client un délai minimum de 15 jours avant que le premier n'accepte le devis ou ne procède à l'opération. Durant cette période, le chirurgien ne peut ni accepter ni réclamer aucun paiement[1470]. Dans d'autres cas, le devoir de ne pas réagir du contractant est tel qu'il menace de nullité tout acte passé au mépris du délai de réflexion. En témoigne le divorce par consentement mutuel sans juge introduit par la loi du 18 novembre 2016 imposant aux époux de recourir chacun à un avocat pour conclure une convention de divorce[1471]. Lorsque l'avocat souhaite proposer un projet de convention, dit l'article 229-4 du Code civil, ce dernier ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception.

377. Le devoir de ne pas réagir s'oppose au devoir de réaction — Tous ces exemples de délais de réflexion mettent en lumière le point commun des circonstances à l'orée desquelles ils apparaissent. Le contractant, dans tous les cas, est confronté à une décision d'une importance majeure, qu'un temps de réflexion salutaire va permettre d'accepter ou de refuser à travers un consentement mûrement réfléchir. Lorsque les délais de réflexion imposent un devoir de ne pas réagir, chaque partie au contrat doit s'abstenir soit de hâter ou d'imposer la décision du débiteur (pour le créancier) ; soit de se décider précipitamment pour une décision qui, manifestement, demande un tant soit peu de réflexion. Le devoir de réaction est alors neutralisé. D'abord, il ne peut plus être exigé pendant cette période : toute clause émanant du créancier visant à réduire le délai ou à imposer une réaction du débiteur « à bref délai » conduirait à la nullité du contrat conclu à son mépris. Ensuite, le débiteur qui, de lui-même, ferait preuve de réactivité verrait sa précipitation annulée dans les mêmes conditions. Dans la même veine, le devoir de ne pas réagir se retrouve, en droit économique, comme un rempart à la prise excessive de risque.

[1469] Art. L.2141-4, II, 3°, CSP.
[1470] Art. L.6322-2, CSP.
[1471] TERRÉ F., FENOUILLET D., GOLDIE-GENICON C., *La famille*, *op. cit.*, n°333, p.289.

II. Un devoir de ne pas réagir immédiatement face à une décision économique risquée

378. L'ambivalence du risque en droit des affaires —Dans sa thèse de doctorat, Hugo Barbier expliquait que la dissuasion des prises de risques excessives passait par le devoir d'en assumer les conséquences. Sans revenir sur cette affirmation à laquelle nous souscrivons, rajoutons qu'une telle prise de risque peut être refrénée par la présence d'un délai de réflexion qui sonne comme un dernier avertissement[1472]. Si la nécessité d'instaurer des délais de réflexion en droit économique peut sembler, de prime abord, surprenante tant la réactivité est décrite comme consubstantielle au monde des affaires, il faut toutefois permettre aux contractants perçus comme parties faibles de prendre des décisions réfléchies – et les inciter à le faire. Ils doivent pouvoir donner leur consentement « à tête reposée[1473]» et, notamment avoir le temps de comparer différentes offres[1474] : il s'agit là d'une manière de les protéger[1475]. C'est la raison pour laquelle il existe des délais de réflexion obligatoires en droit de la consommation, et plus particulièrement en matière de crédit immobilier. La personne n'est pas présumée se trouver dans une situation alarmante, et sa décision n'est pas d'une importance fondamentale. Pourtant, le consommateur n'en reste pas moins confronté à une décision complexe[1476] ou à une prise de risque financière dont l'immédiateté peut se révéler catastrophique. En matière de crédit immobilier, l'article L.313-34 du code de la consommation instaure, pour protéger le consommateur de sa propre précipitation, un délai de réflexion. Il oblige le prêteur, dans son premier alinéa, à maintenir les conditions de son offre pendant une durée minimale de trente jours[1477]. Surtout, l'emprunteur et ses cautions personnes physiques ne peuvent accepter l'offre que dix jours après l'avoir reçue. Contrairement aux exemples cités dans les lignes qui précèdent, il n'est pas possible, pour l'emprunteur, de renoncer à son délai de réflexion et de conclure le contrat de manière anticipée. La Cour de cassation considère en ce sens qu'il s'agit d'une

---

[1472] BARBIER H., *La liberté de prendre des risques,* th. préc., n°356, p.318.
[1473] AULOY-CALAIS J., TEMPLE H., DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, *op. cit*., n°374, p.417.
[1474] TERRÉ F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n°47, p.50.
[1475] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit*., n°434, p. 340 ; v. égal. en ce sens : ZOLYNSKI, C., « L'ambivalence du silence révélée par le droit de la consommation », in. MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, *op. cit., passim*.
[1476] AULOY-CALAIS J., TEMPLE H., DEPINCÉ M., *Droit de la consommation*, *op. cit*., n°160, p.174.
[1477] Une règle de même nature est prévue pour le crédit à la consommation, le Code de la consommation imposant au prêteur de maintenir son offre pendant un délai minimal de quinze jours à compter de la remise de celle-ci (Art. L.312-18, C. cons.).

disposition d'ordre public et que toute entrave à la règle entraîne la nullité du prêt[1478]. Le prêteur se trouve ainsi dans l'impossibilité la plus totale d'exiger un devoir de réaction à son cocontractant qui irait à l'encontre du délai de réflexion instauré par la loi. Enfin, relevons que la réforme du 10 février 2016 est venue consacrer un tel mécanisme à l'article 1122 du Code civil qui dispose désormais que : « la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester acceptation […] ». À n'en pas douter, le législateur incite ici à la contractualisation d'un devoir de ne pas réagir qui pourrait se révéler salutaire, hors du droit de la consommation, pour des professionnels confrontés à une décision économique majeure. La soumission d'un contractant à un délai de réflexion, qu'il soit d'origine légale ou contractuelle, limite doublement le devoir de réaction. D'un côté, il empêche ainsi son partenaire de lui imposer un devoir de réaction. De l'autre, il lui interdit, de la même manière, de lui reprocher une absence de réaction. Il s'agit là de la fonction protectrice du devoir de ne pas réagir. La chose est, assurément, souhaitable, car elle permet de prévenir les situations dans lesquelles le devoir de réaction est instrumentalisé par le cocontractant en position de force au détriment de son débiteur.

Paragraphe second : Le devoir de ne pas réagir destiné à protéger le contractant contre la précipitation du cocontractant

379. Annonce – La phase de conclusion du contrat révèle d'autres hypothèses dans lesquelles un contractant peut être soumis à un devoir de ne pas réagir : les offres assorties d'un délai (**I**) et les délais d'option (**II**). Dans les deux cas, la loi impose le maintien de l'offre ou de la promesse dans un délai raisonnable tout en permettant aux parties de déterminer le laps de temps qu'il leur semblera raisonnable. Les parties peuvent, par ailleurs, tout à fait ménager contractuellement le délai qui leur conviendra et se soumettre volontairement le bénéficiaire de la promesse ou le destinataire de l'offre à un devoir de réaction pour accomplir l'acte. Si ces deux derniers sont débiteurs d'un devoir de réaction, le promettant et l'offrant, de leur côté, sont soumis à un devoir de ne pas réagir. Cette fois-ci, le devoir de ne pas réagir permet d'assurer la

[1478] Cass. civ. 1ère., 8 avril 2021, n°19.11630, LEDB juin 2021, n°6, p.5, obs. J. Lasserre-Capdeville ; v. déjà en ce sens : Cass. 1ère civ., 9 décembre 1997, n°95-15494 ; RTD civ. 1998.760, obs. J. Mestre ; v. aussi : Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n°18-12.471, RDI 2019. 508, obs. J. Salvandy, JCP EA 2019.1267, note Y. El Hage.

sécurité juridique du partenaire en assurant à celui-ci que le laps de temps dont il dispose pour réagir ne pourra pas être anéanti par une réaction de l'autre. Les deux comportements antagonistes s'opposent alors pour permettre le bon déroulement de l'opération.

I. Les offres assorties d'un délai

380. Le devoir de ne pas réagir de l'offrant – L'offre n'est pas toujours entièrement soumise à la volonté des parties. Il existe des hypothèses, en droit de la consommation et en droit commercial, dans laquelle l'offre qu'émet le professionnel doit être maintenue pendant un délai minimal de quinze[1479], vingt[1480] ou trente[1481] jours afin que le destinataire puisse l'examiner avec attention, renouant ici avec l'idée selon laquelle la patience permet la bonne prise de décision. Durant ce laps de temps, le destinataire de l'offre voit sa sécurité juridique assurée par le devoir de ne pas réagir de l'offrant. Aucune trace, en revanche, d'un délai minimal fixe en droit commun des contrats où le législateur a choisi de consacrer un standard aménageable. En effet, lorsqu'une offre est suffisamment ferme et précise, le nouvel article 1116 du Code civil, en son alinéa premier, dispose qu'elle « ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable ». Lorsque le pollicitant va fixer un délai pendant lequel il s'engage à ne pas révoquer son offre : il se force volontairement à la passivité. De son côté, l'*accipiens* disposera d'un temps jugé suffisamment long pour réfléchir et éviter toute forme de précipitation. Néanmoins, ce délai qui lui est offert porte en lui la source d'un devoir de réaction puisqu'il impose au destinataire de réagir avant la fin du délai imparti sous peine de ne plus pouvoir se prévaloir de l'offre. L'offrant promet sa passivité contre la réactivité du destinataire qui, de son côté, doit se prononcer dans un délai raisonnable : les deux comportements permettent de neutraliser, de tenir en joue les risques de volteface de l'un face à l'inertie de l'autre. Les deux, conformément à leurs devoirs, sont menacés de sanction. Si le destinataire de l'offre ne réagit pas, l'offre sera caduque et il ne pourra plus s'en prévaloir. Si l'offrant décide de se rétracter avant la fin du délai imparti, il engagera sa responsabilité civile délictuelle. Le promettant soumis au devoir de réaction peut ainsi jouir du délai qui lui est offert ; en contrepartie, le promettant est débiteur d'un devoir de ne pas réagir qui

[1479] Art. L.312-18, C. cons.
[1480] Art. L.330-3, al.4, C. com.
[1481] Art. L.313-34, al.1, C. cons.

l'empêche de se servir de ses prérogatives contractuelles. Le devoir de réaction est ainsi mis en balance par un devoir de ne pas réagir : cette opposition permet d'assurer l'efficacité de l'opération.

II. Les délais d'option

381. Le devoir de ne pas réagir du promettant – La passivité forcée imposée par un délai d'option se distingue de celle de l'offrant en ce qu'elle est de nature contractuelle et induit des conséquences juridiques beaucoup plus fortes à l'égard de celui qui serait tenté de se rétracter. Le délai d'option peut se définir comme « un choix soit de ne pas conclure un contrat envisagé en laissant passer le délai, soit de le conclure en "levant l'option" dans le délai convenu[1482] ». On le retrouve principalement attaché aux promesses unilatérales de contrat qui ont fait l'objet d'une consécration par la réforme du 10 février 2016 à l'article 1124 du Code civil. Comme pour l'offre, promettant et bénéficiaire ont toute liberté pour fixer contractuellement le délai pendant lequel vaut la promesse. Le bénéficiaire sera soumis à un devoir de réaction, qu'un délai ait été fixé ou non[1483]. De son côté, le promettant deviendra débiteur d'un devoir de ne pas réagir : toutes les prérogatives liées au bien promis sont gelées. Il a l'interdiction d'accomplir tout acte de nature à compromettre le droit d'option du bénéficiaire, dans son principe comme dans son exercice[1484] qui sera, la plupart du temps, considéré comme inopposable au bénéficiaire[1485]. Les prérogatives qui gravitent autour de la promesse sont donc étroitement surveillées. Mais la sanction du devoir de ne pas réagir du promettant vis-à-vis de sa promesse en elle-même est particulièrement sévère. S'il décide de révoquer sa promesse avant la levée d'option dans le délai imparti, le nouvel article 1124 du Code civil dispose qu'un tel retournement « n'empêche pas la formation du contrat promis ». En permettant au bénéficiaire d'obtenir l'exécution forcée de la promesse de vente, le législateur prive ainsi d'effet la réaction du promettant en faisant comme si elle n'avait jamais eu lieu. Le devoir de réaction est ainsi rendu possible et exigible qu'en contrepartie de l'inertie forcée de l'autre partie. Si les devoirs de ne pas réagir en matière d'offre et de

---

[1482] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n°393, p.309.
[1483] BARBIER H., « De la promesse assortie d'un délai d'option implicite », RTD civ. 2021. 400, note sous Com. 27 janvier 2021, n°18-22.492.
[1484] BARRET O., « Promesse de vente », *in Rép. droit immobilier*, Dalloz, 2021, n°107.
[1485] Par exemple, le promettant ne peut consentir, sur l'immeuble promis, un bail ouvrant un droit de préemption au profit du locataire : Cass. 3ème civ., 10 mai 1984, Bull. civ. III, n°96.

promesse se distinguent nécessairement dans leur régime juridique, ils fonctionnent, à la lumière de l'étude, sur le même schéma. Un devoir de ne pas réagir est imposé à un contractant pour accroître l'efficacité du droit d'option du bénéficiaire qui, en échange, est tenu à un devoir de réaction.

382. Conclusion de la première section – D'après les illustrations qui précèdent, le devoir de réaction trouve de nouvelles limites dans le devoir de ne pas réagir. Ces limites sont d'ordre juridique et philosophique. En imposant un comportement passif, le devoir de ne pas réagir se manifeste ponctuellement en dessinant quelques lignes directrices. Le devoir de réaction se trouve d'abord éteint toutes les fois qu'un contractant qui pourrait potentiellement y être soumis. Il est ainsi impossible d'imposer un devoir de réaction au contractant qui bénéficie d'un délai de réflexion. Philosophiquement ensuite, le devoir de ne pas réagir vient démontrer que le devoir de réaction et le modèle du contractant réactif n'est pas hégémonique. Il souligne à quel point le devoir de réaction peut être source de précipitation, d'impatience, d'irréflexion. Et lorsque cet empressement coïncide avec la vulnérabilité de celui qui y est soumis, il semble tout de suite plus injuste et source de déséquilibre. La nécessité d'aménager des plages temporaires dans lesquelles les contractants sont incités ou obligés à prendre leur temps par la paralysie totale de leur prérogative parait nécessaire. Les délais de réflexion en constituent l'exemple le plus éclatant. À rebours de l'accélération du rythme juridique, ils permettent d'imposer un temps de latence salutaire face à des situations irréversibles ou des décisions risquées en privant d'effet toute réaction. Il souligne enfin que le devoir de réaction a parfois besoin du devoir de ne pas réagir pour s'accomplir. Ils se confrontent car, interdépendants, ils se neutralisent. C'est l'exemple des délais d'option et de maintien de l'offre dans lesquels l'un échange son devoir de ne pas réagir contre le devoir de réaction de l'autre. Néanmoins, contrairement à ce que l'on pourrait penser, le devoir de ne pas réagir ne se confronte pas toujours au devoir de réaction : c'est parfois son complément.

Section seconde : La complémentarité du devoir de réaction et du devoir de ne pas réagir

383. Annonce — Lors de la phase précontractuelle, le devoir de ne pas réagir s'oppose frontalement au devoir de réaction à la fois comme une limite et une monnaie d'échange. Il s'agit de protéger la prise de décision du contractant. Cette opposition est marquée par un caractère individuel qui conduit à scinder les intérêts des parties en deux pour leur imposer des devoirs comportementaux bien distincts. Dans l'exécution du contrat, en revanche, le devoir de ne pas réagir n'a plus du tout le même rôle. Il continue d'ériger une limite au devoir de réaction en ce qu'il gèle toute possibilité de réaction mais, cette fois-ci, une telle limite n'est plus là pour le contrer, mais pour le compléter. Le devoir de ne pas réagir dans l'exécution du contrat survient, en effet, dans la gestion des crises et doit composer avec de nombreux intérêts. L'idée est de se servir de la passivité pour mieux gérer les conséquences de la réactivité. Le champ de nos recherches s'est porté vers deux domaines soumis à une réactivité particulièrement intense : les inexécutions (**paragraphe second**) et l'imprévu (**paragraphe premier**). L'élément déclencheur du devoir de réaction se trouve dans la perturbation de l'ordre contractuel, parmi lequel crises et dysfonctionnements en sont les exemples les plus topiques[1486]. Si bien que l'affirmation selon laquelle la passivité y a toute sa place peut sembler surprenante, voire contradictoire. Toutefois, ce n'est pas tant sur la réaction du contractant que nous souhaitons porter l'attention, mais sur la phase postérieure à celle-ci afin de démontrer la complémentarité de ces deux comportements. Très souvent, la passivité imposée fait suite à une réactivité obligée dans une logique de dynamique-statique qui se révèle être d'une redoutable efficacité face à la gestion d'un risque contractuel. Le devoir de réaction intervient comme pour verrouiller un évènement donné à la suite duquel s'impose un devoir de ne pas réagir destiné à gérer le risque : la demande de renégociation (dynamique) précède une procédure de révision pour imprévision dans laquelle les prérogatives contractuelles sont gelées (statique) tandis que ce n'est qu'à la suite de l'ouverture d'une procédure collective (dynamique) qu'est jeté un voile de paralysie sur les prérogatives du créancier (statique). Les développements suivants tenteront donc de démontrer la complémentarité souhaitable qu'entretiennent le devoir de

[1486] V. *Supra*, n°85 et s.

réaction et son antonyme. Loin de s'opposer, le second permet la continuation de l'efficacité recherchée par le premier.

Paragraphe premier : Le devoir de ne pas réagir face à l'évènement imprévisible

384. Annonce – Face à l'imprévu, la première intuition du juriste ou de l'entrepreneur est de réagir immédiatement, voire de manière anticipée[1487]. À juste titre d'ailleurs, puisqu'une réaction rapide permet de prendre des mesures efficaces et adaptées, destinées à minimiser les conséquences dommageables d'une circonstance imprévisible et d'éviter qu'elle ne dégénère en catastrophe. L'on se souvient alors du transporteur maritime qui, face à une grève dans le port de destination, avait choisi de taire ses prérogatives contractuelles lui permettant de naviguer vers des ports de substitution, laissant ainsi périr la marchandise[1488]. Les clauses destinées à gérer le risque de crise, comme les clauses de modification unilatérales ou les clauses de sorties qui fleurissent dans les contrats d'affaires, sont marquées par une volonté de réagir immédiatement[1489]. Cela étant dit, le rôle de la passivité dans la gestion de l'imprévu ne doit pas être hâtivement déprécié. En effet, la réflexion et la précaution qu'elle induit peuvent se révéler d'une grande efficacité pour le surmonter. C'est la raison pour laquelle, postérieurement à la mise en œuvre du devoir de réaction, s'ensuit une période de passivité imposée dans laquelle le gel des prérogatives est destiné à temporiser la gestion du risque en prenant les meilleures décisions possibles. L'idée, à grands traits, est de bloquer l'hémorragie par la réaction et d'en gérer plus calmement les conséquences par son antithèse. Le devoir de ne pas réagir continue, prolonge ainsi le devoir de réaction dans sa recherche d'efficacité, et offre le tableau d'un droit teinté de mesure à la recherche d'un équilibre entre une réactivité de nécessité contemporaine et une passivité qui vient limiter les effets pervers de la première. Dans cette optique, nous étudierons d'abord la liaison du temps court et du temps long dans les mécanismes classiques de gestion de

[1487] HEINICH J., *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. Mestre, PUAM, 2015, n°303, p.290 et n°350, p.326 : l'auteur y décrit les nombreux mécanismes, en plein essor, destinés à anticiper l'imprévisibilité du fait et la manière dont le droit incite le justiciable à s'en saisir ; v. égal. HEINICH J., « Le devoir d'anticipation du dirigeant », Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, art. préc., p.523.
[1488] Cass. Com., 13 décembre 2016, n°14-20804, F-D, RDC, 2018/1. 20, obs. Ph. Stoffel-Munck.
[1489] STOFFEL-MUNCK PH., « Les répliques contractuelles », RDC 2010, n°1, p.4.

l'imprévu[1490] (**I**) pour ensuite nous intéresser aux règles spéciales applicables en temps de crise (**II**).

I. Le rôle de la passivité dans la gestion de l'imprévu en temps normal

385. La place du devoir de réaction dans les mécanismes d'imprévision – L'imprévision, en droit des contrats, consiste à offrir au contractant victime de circonstances imprévisibles la possibilité de renégocier la convention à de meilleures conditions. Un tel mécanisme ne saurait se départir d'une certaine réactivité qui, consubstantielle à l'imprévision, permet de promptement couper court aux dégradations économiques, souvent progressives, de la circonstance imprévisible. Longtemps refusée au nom de la force obligatoire du contrat[1491], l'imprévision en droit privé français s'est d'abord manifestée à travers la pratique contractuelle et les corpus de règles destinées à régir le commerce international. En pratique d'abord, les clauses de *hardship*[1492] (ou clause de renégociation ou d'adaptation[1493]) que l'on retrouve aussi bien dans les contrats internes et internationaux permettent de forcer les parties à renégocier le contrat de bonne foi à la suite d'un changement de circonstances. Les parties aménagent également les modalités de mise en œuvre de la procédure parmi lesquelles elles peuvent exiger qu'elle soit utilisée dans un délai raisonnable, imposant ainsi à celui qui souhaite s'en prévaloir un devoir de réaction. Dans tous les cas, le débiteur d'une telle clause qui tarderait excessivement à la mettre en œuvre ou à l'accepter, devrait être condamné sur le fondement du devoir de bonne foi. D'autre part, cette exigence implicite de réactivité est confirmée par les textes de droit du commerce international. L'article 6.2.3 des principes UNIDROIT dispose qu'en cas de *hardship*, la demande d'ouverture des renégociations « doit être faite sans retard indu et être motivée ». Le commentaire sous le même texte précise ainsi que « la demande d'ouverture de négociation doit être faite aussi vite que possible après que l'on ait prétendu qu'il y avait *hardship* » qui, sans pouvoir en

---

[1490] Les règles applicables aux situations imprévisibles en temps normal sont évidemment tout à fait applicables en temps de crise (v. en ce sens : AYNÈS L., BÉNABENT A., « Force majeure et révision pour imprévision », RDC 2021, n°1, p.157 ; et HEINICH J., « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires de la force majeure à l'imprévision », D.2020. 611.) mais nous faisons ici le choix de distinguer les outils disponibles en droit commun et spécial des textes spéciaux ayant vocation à s'appliquer temporairement.

[1491] L'arrêt Canal de Craponne a refusé d'admettre l'imprévision en droit français et a fixé la jurisprudence à ce sujet : Civ. 6 mars 1876, D.1876, 1, 193, *Grand arrêts*, n°163.

[1492] DROSS W., *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne, op. cit.,* p.345.

[1493] ANCEL P., « Imprévision », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021, n°97.

déchoir le contractant, pourra « avoir un effet sur l'existence réelle du *hardship* et, le cas échéant, sur ses conséquences sur le contrat[1494] ». Enfin, depuis la réforme du 10 février 2016, les contractants placés face à des circonstances imprévisibles de nature à rendre l'exécution excessivement onéreuse disposent d'un droit légal à la renégociation pour imprévision. Tout d'abord, l'absence supposé de caractère d'ordre public de l'article 1195 du Code civil incite les parties à l'aménagement conventionnel de la renégociation pour imprévision[1495] qui devrait favoriser, sur le modèle du commerce international, des clauses de réaction soumettant la révision pour imprévision à une mise en œuvre enserrée dans un délai fixé ou raisonnable. Quand bien même ne le feraient-elles pas, il est raisonnable de penser que la bonne foi fera peser un devoir de réaction sur le débiteur dans sa demande de renégociation. Un contractant qui subirait les conséquences d'une circonstance imprévisible pendant plusieurs mois avant de brusquement demander la renégociation pourrait se voir reprocher par son créancier sa passivité, son incohérence ou sa mauvaise foi, et voir finalement sa demande paralysée si son créancier pensait légitimement qu'il y avait renoncé[1496]. En effet, la demande de renégociation n'étant ni d'ordre public, ni touchant à la substance de la créance, elle ne peut se protéger derrière la jurisprudence *Les Maréchaux*. Pour finir, le devoir de réaction dans la mise en œuvre de la renégociation trouve l'un de ses meilleurs fondements dans l'obligation de minimiser son propre dommage, connue du droit du commerce international et peut-être un jour du droit interne, à travers lequel il devient possible de reprocher au débiteur victime d'une circonstance imprévisible de n'avoir pas mis en œuvre une faculté de renégociation qu'il tenait de la loi ou du contrat, contribuant ainsi à l'aggravation de son propre préjudice (une nouvelle preuve, s'il en était besoin, de la consubstantialité de la réaction et de l'imprévision tant le retard en la matière contribue à des conséquences économiques dommageables). Ainsi, un droit de réaction peut se transformer en devoir de réaction. Que ce dernier tire sa source d'un texte, de l'exigence comportementale de bonne foi ou d'une clause contractuelle, il se présente comme consubstantiel au mécanisme d'imprévision. Il permet aux contractants de s'accorder sur

---

[1494] Principes UNIDROIT, 1994, Comm. n°2, sous art. 6.2.3

[1495] FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.,* n°779, p.615 ; GENICON T., « Imprévision », *in Dictionnaire du contrat*, *op. cit.*, p. 651 ; STOFFEL-MUNCK PH., « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », RDC 2016, hors-série, p.38 ; comp. ANCEL P., « Imprévision », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021, n°86 : pour l'auteur, « on peut douter de la validité des clauses qui écarteraient purement et simplement le jeu de l'article 1195 sans prévoir à la place d'autre mécanisme d'adaptation. » ; LIBCHABER R., « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », D.2020, p.1185.

[1496] *Contra*, ANCEL P., « Imprévision », in *Rép. dr. civ*., Dalloz, 2021, n°86.

la nécessité de renégocier le contrat et de se saisir le plus rapidement de la cause de l'imprévision pour, une fois la procédure enclenchée, s'apaiser et mûrement réfléchir à une solution satisfaisante. Le droit impose alors la réflexion.

386. La continuité du devoir de réaction par une passivité imposée – Le déclenchement de la procédure de révision pour imprévision, imprégnée d'une exigence particulière de réactivité, passe le relai à une exigence de passivité. Naturellement, il n'est pas question ici d'une passivité générale où les contractants deviennent inertes (ils ont l'obligation de poursuivre l'exécution de leurs obligations), mais d'un véritable contraire du devoir de réaction puisqu'il s'agit, pour les parties, de n'utiliser aucune prérogative contractuelle pendant que dure la négociation. Ce gel des prérogatives est destiné à permettre aux parties une plage temporelle pendant laquelle ils pourront trouver un arrangement, sans craindre une volte-face subite de leur partenaire. Madame Laroche expliquait que prolonger la passivité permet « d'assurer qu'une réaction intervienne à bon escient[1497] » en invitant « un acteur économique à demeurer passif sous peine d'engager sa responsabilité[1498] ». C'est ce que proposent la plupart des mécanismes de révision pour imprévision qui, après avoir incité à la réactivité dans la mise en œuvre, impose une passivité salutaire. Ainsi, que les parties soient obligées de renégocier (clauses de renégociation) ou qu'elles acceptent de renégocier (révision pour imprévision légale), elles s'interdisent, pendant la durée des négociations, de se prévaloir de leurs prérogatives contractuelles sous peine d'être sanctionnées. Il leur est interdit, par exemple, de se prévaloir d'une des sanctions de l'inexécution pour résoudre le contrat, ou de se cacher derrière l'exception d'inexécution face aux difficultés de leur cocontractant. Les premières pourraient être sanctionnées par une fin de non-recevoir à toute demande en justice[1499] et les secondes traitées comme abus de droit. L'obligation de négocier impose ainsi aux parties de s'abstenir de toute mise en œuvre d'une prérogative contractuelle de nature à contredire la négociation. Ils doivent la taire pendant que la négociation dure. Ensuite, une autre trace de cette passivité forcée se retrouve à l'article 1195 du Code civil qui dispose qu'à « défaut d'accord dans un délai raisonnable,

---

[1497] LAROCHE M., « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », in. *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires, art. préc.,* p.44.
[1498] *Ibid*.
[1499] ANCEL P., « Imprévision », *in Rép. dr. civ.*, préc., n°103 : À propos des clauses de hardship prévoyant une phase de négociation : « le non-respect des obligations conventionnelles mises à la charge des parties devrait être sanctionné par une fin de non-recevoir à toute demande en justice, tout comme les clauses de médiation ou de conciliation préalables, ou comme l'obligation légale de négocier de l'article 1195 ».

le juge peut, à la demande d'une des parties, réviser le contrat ou y mettre fin […] ». Ce délai raisonnable peut s'entendre, naturellement, comme une voie de sortie de négociations enlisées. Il peut également signifier que les renégociations doivent durer suffisamment longtemps pour être considérées comme ayant été menées de bonne foi. Si l'une des parties décide de saisir le juge après avoir brièvement entamé les négociations, il enfreindra ainsi le délai raisonnable et sera constitué de mauvaise foi. L'exemple de la renégociation du contrat pour imprévision démontre le passage d'un devoir de réaction qui, une fois exécuté, passe le relai à un devoir de ne pas réagir destiné à sécuriser la négociation, à ne pas adopter de comportement précipité dont les conséquences pourraient se révéler problématiques et à inciter à une réflexion féconde d'un accord raisonnable. Un tel devoir est d'autant plus à l'honneur dans les textes destinés à gérer l'imprévu en temps de crise.

II. Le rôle de la passivité dans la gestion de l'imprévu en temps de crise

387. Le rapport du temps et du droit bouleversé par les crises – En temps de crise, le droit et le temps semblent abandonner leur interdépendance naturelle pour un affrontement sans merci. Le second impose des exigences intenses et rapides tandis que le premier a l'habitude de la patience, des changements progressifs, de l'agrégation lente des mutations sociales. Or, voilà qu'il doit faire face à des évènements exceptionnels, et que le temps accélère lesdites mutations que le droit doit soudainement absorber. Chacun se souvient du rôle joué par la Grande Guerre dans l'admission de la théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs[1500] et de l'évidente nécessité qui l'entourait face à la pénurie des matières premières et de l'invasion allemande. Le rythme juridique, en revanche, n'avait pas fait l'objet de dispositions particulières si ce n'est l'interruption des délais de prescription. À sa manière, la pandémie de coronavirus des années 2020-2022 est aussi venue bouleverser le rapport du temps au droit et réciproquement. L'on a assisté à un retour du paradigme du temps long au beau milieu de la frénésie des mesures d'urgence. Jamais le rythme juridique n'avait fait l'objet d'une telle série de mesures d'urgence. Plus exactement, la gestion de la crise, sanitaire en l'occurrence, est passée par un savant équilibre entre des mesures énergiques, promptes et réactives qui, une fois mise en œuvre, s'effaçaient pour laisser place à des paralysies,

[1500] CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, déc. n°59928 ; v. également, sur la Grande Guerre : ANCEL P., « Imprévision », *in Rép. Droit civil*, art. préc., n°17-21.

des mesures d'inertie et d'allongement des délais. Sur le modèle de ce que nous décrivions à propos de l'imprévision, le législateur s'est montré réactif pour déclencher la procédure d'urgence et mettre en place des mesures énergiques, tout en forçant la patience et la tolérance de ceux auxquels elles étaient destinées. Ces deux qualités, aussi forcées qu'elles fussent, ont permis d'éviter une catastrophe économique causée par une panique générale. Le législateur a comme arrêté le temps contractuel : les délais se sont allongés, et les contractants sont devenus immobiles.

388. Les lois d'urgence destinées à lutter contre la pandémie : entre droit de ne pas réagir et devoir de ne pas réagir – La législation d'urgence imposée par les pouvoirs publics pour faire face à la pandémie de coronavirus s'est distinguée par son caractère temporaire et dérogatoire au droit commun, marqué par un bouleversement du rythme juridique des relations contractuelles. Ce droit de circonstance[1501] et ses mesures d'urgence, dans un premier temps, laissaient apparaitre que le législateur a souhaité conforter le droit de ne pas réagir des contractants. Les restrictions de déplacements et les confinements à répétition ne permettaient plus aux contractants d'accomplir certains actes juridiques. Il était devenu nécessaire de prolonger les délais et d'offrir aux acteurs juridiques le droit de ne pas réagir en cette période exceptionnelle. Ainsi, la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 a commencé par autoriser le gouvernement à prendre toute mesure « adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément[1502] […] » ce qu'il a fait par l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 en instituant une période juridiquement protégée dans laquelle il a prorogé les délais pour les actes et formalités incombant aux parties. Ainsi, la plupart des délais de procédure ont été prorogés jusqu'à deux mois après la cessation de l'état d'urgence sanitaire[1503] à l'exception, notamment, des délais prévus contractuellement, ce qui a soulevé la question de l'applicabilité de l'ordonnance aux

---

[1501] MALINVAUD PH., BALAT N., *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n°101, p.100.
[1502] Art. 11, 2°, b, loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.
[1503] Art. 2, ord. n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période : « Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois. »

délais pour agir contractualisés[1504] qui démontrent, à nouveau[1505], leur particularité. Le législateur a, d'un autre côté, développé un devoir de ne pas réagir dans ses mesures d'urgence. L'article 4 de la même ordonnance a ainsi gelé certaines prérogatives des contractants : parmi elles, les clauses pénales, les clauses résolutoires et les clauses de déchéance, les deux dernières étant particulièrement sensibles au devoir de réaction. Pendant la période protégée, les créanciers ont le devoir de ne pas user de leurs prérogatives contractuelles face à l'inexécution. Le législateur a souhaité empêcher les créanciers de réagir brusquement et aveuglément en appelant ceux-ci, comme le remarquait un auteur, à « une indulgence systématique, du moins un examen concret[1506] ». Ces exemples éclairent le devoir de réaction d'une lumière crue en soulignant ce qu'il ne permet pas toujours : la tolérance, la réflexion, la discussion qui, en l'occurrence, serait source de salut pour les parties[1507]. Dans le même ordre d'idées, les preneurs exerçant une activité économique susceptible de bénéficier du fonds de solidarité ont fait l'objet d'une ordonnance pour consacrer des mesures afférentes aux loyers et aux charges locatives en faisant peser un véritable devoir de ne pas réagir sur les bailleurs et les fournisseurs. L'article 4 de l'ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020[1508] a ainsi empêché ces derniers de se prévaloir d'une clause résolutoire, d'une clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance. Elle les empêche également, selon le même article, d'activer les garanties et les cautions en raison du défaut de paiement des loyers. Toutefois, quant à la question de l'exigibilité des loyers, après quelques hésitations des juges du fond[1509], la Cour de cassation a décidé que les mesures de restriction ne dispensaient pas les preneurs de baux commerciaux de leur obligation de paiement de loyer[1510]. Les moyens de réagir des bailleurs ont été ainsi neutralisés : le devoir de réaction qui entourait leurs prérogatives

---

[1504] DESHAYES O., « La prorogation des délais en période de Covid-19 : quels effets sur les contrats ? », D.2020, p.831 ; GRIMALDI C., « Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ? », D.2020, p.827.

[1505] Sur la question de la nature du délai contractuellement prévu, pour agir ou non : v. *Supra*, n°261 et s.

[1506] DESHAYES O., « La prorogation des délais en période de Covid-19 : quels effets sur les contrats ? », art. préc.

[1507] GROSSI I., « Les loyers commerciaux : affrontement ou convergence d'intérêts », *in* Association droit et commerce, *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise*, LGDJ, 2021, p.156.

[1508] Ord. n°2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19, JORF n°0074 du 26 mars 2020.

[1509] BARBIER J.-D., « Loyers commerciaux et Covid : l'attente de la consécration du droit », D. act., 14 avril 2021, note sous TJ La Rochelle, 23 mars 2021, n°20/02428 et Paris, 18 mars 2021, n°20/13262.

[1510] Cass. com., 30 juin 2022, n°21-20.190, n°21-19.889 et 21-20.127 : la mesure générale et temporaire d'interdiction de recevoir du public n'entraîne pas la perte de la chose louée et n'est pas constitutive d'une inexécution, par le bailleur, de son obligation de délivrance. Un locataire n'est pas fondé à s'en prévaloir au titre de la force majeure pour échapper au paiement de ses loyers.

est éteint, tout comme celui qu'ils pourraient exiger de leur cocontractant. Là aussi, toutefois, la force obligatoire du contrat prévaut et leur créance ne saurait être atteinte[1511]. Une telle législation de crise, unique par sa densité et son détail, aura démontré la volonté du législateur de s'approprier le rythme contractuel des contractants : l'on constate que le rapport au temps a penché en faveur du temps long, de la réflexion, de la lutte contre la précipitation et la panique. C'est la raison pour laquelle le législateur a fait le choix de rallonger le temps, en confortant le droit des contractants de ne pas réagir, mais aussi en gelant certaines prérogatives « réactives » de celui-ci : c'est-à-dire en le soumettant à un devoir de ne pas réagir. Si la lutte contre le virus est marquée par une intense réactivité, la lutte contre les conséquences économiques de celui-ci est au contraire marquée par une passivité à peine dissimulée. Les occurrences fréquentes d'un devoir de ne pas réagir dans la législation d'urgence permettent ainsi de protéger des parties devenues vulnérables de l'intolérance d'un créancier qui, sans suspension, aurait probablement réagi contre son contractant et donné lieu à un contentieux délétère. Ainsi, tout devoir de réaction trouve de nouvelles limites dans sa neutralisation temporaire : celui du créancier, bien entendu, mais aussi du débiteur. L'impossibilité de lui opposer une clause de déchéance qui donnerait lieu à un devoir de réaction en est un bon exemple. Plus généralement, la faveur dont bénéficie la passivité sur la réactivité laisse penser que les crises à venir seront certainement gérées sur le modèle de celle-ci, par une complémentarité entre un intense devoir de réaction pour lutter contre le fait générateur de la crise, et une inertie salutaire pour en gérer les conséquences. Le devoir de ne pas réagir prend alors le relai du devoir de réaction.

Paragraphe second : Le devoir de ne pas réagir face à la défaillance contractuelle

389. Le devoir de ne pas réagir en droit des procédures collectives – La branche du droit offrant les meilleurs exemples d'un devoir de ne pas réagir est, sans aucun doute, le droit des entreprises en difficulté. Il offre l'image frappante d'un droit des contrats dérogatoire alternant réactivité et passivité dans la gestion de ce qu'il faut bien appeler une crise localisée, du moins une situation de détresse dont les ondes peuvent s'étendre bien au-delà de la relation interpersonnelle du débiteur et du créancier. Cet ultime exemple souhaite démontrer l'efficacité de la relation réactivité-passivité dans la

[1511] V. *Supra*, n°352.

gestion de l'exceptionnel en droit. D'un côté, le droit de la « faillite » est un adjuvant de réactivité dans le monde des affaires : on ne compte plus les procédures d'alertes[1512] et les mesures préventives[1513] par lesquelles le législateur incite les parties prenantes à réagir rapidement, et l'on mentionnera à nouveau le devoir de réaction auquel sont soumis les créanciers qui disposent d'un délai de deux mois[1514] pour déclarer leurs créances sous peine d'inopposabilité ou encore le risque de responsabilité qui pèse sur le dirigeant ayant tardé à déclarer la cessation des paiements[1515]. On le voit, le droit des entreprises en difficulté repose sur le traitement rapide et préventif : plus l'on réagit tôt, plus l'entreprise a de chances d'être sauvée. Toutefois, une fois la procédure enclenchée, le devoir de réaction qui régnait avant le jugement d'ouverture s'évapore pour laisser place à une passivité généralisée. Le devoir de réaction qui pesait sur tous est soudainement transféré sur la tête des protagonistes de la procédure. Débiteur (**I**) et créanciers (**II**) sont alors soumis à une obligation de taire les armes, propice à une meilleure gestion de la défaillance du premier, et à une augmentation des chances de revoir un jour leur créance des seconds.

I. Le devoir de ne pas réagir du débiteur face à sa propre défaillance

---

[1512] SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*: les procédures d'alertes, nombreuses, peuvent être mises en œuvre par les commissaires aux comptes, (p.109), le comité social et économique (p.120), les associés (p.128) ou des groupements de prévention agrées (p.131).

[1513] Une incitation plus qu'une obligation puisque l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a accru le rôle des dirigeants dans les restructurations préventives des entreprises sans toutefois y être contraints. Un auteur regrette ainsi « ce choix d'écarter toute forme de contrainte […] » et se demande si l'ordonnance n'a pas manqué l'occasion « d'institutionnaliser le recours aux outils de traitement anticipé de la défaillance en imposant aux dirigeants une obligation ou un devoir « de réaction et de diligence » en cas de difficultés de l'entreprise » ; laquelle est contrebalancée, d'un autre côté, par l'émergence d'une responsabilisation du dirigeant à travers la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif : MARAUD O., « Le nouveau rôle des parties prenantes : les dirigeants », JCP E, n°49, 9 déc. 2021, 1531.

[1514] Art. L.622-24, al. 1er, C. com. ; sur le devoir de réaction du créancier en droit des entreprises en difficulté, v. *Supra*, n°55.

[1515] MAZEAUD V., « La responsabilité pour insuffisance d'actif », Revue des procédures collectives, janv. 2020, n°1, p.50 : Si l'article L.651-2 du code de commerce exclut la « simple négligence » du champ d'application des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, il n'en reste pas moins que, comme le remarque l'auteur, en admettant qu'une négligence « grave », il devient tout à fait possible d'engager la responsabilité du dirigeant pour déclaration tardive de la cessation des paiements ; Rajoutons, par ailleurs, que l'article L.653-8 du code de commerce permet au tribunal de prononcer une interdiction de gérer à l'encontre du dirigeant « qui a omis sciemment de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. »

390. L'interdiction des paiements pendant la période d'observation – La période d'observation, que partagent la sauvegarde et le redressement judiciaire[1516], est consécutive au jugement d'ouverture et ne peut, en principe, excéder un délai de six mois. Cette plage temporelle est destinée à geler le passif de l'entreprise pour mieux la diagnostiquer et en « assurer la protection […] en attendant sa réorganisation[1517] ». Pour mener à bien l'élaboration d'un plan de sauvegarde ou de redressement, dont l'objectif est de sauver l'entreprise, la loi offre un véritable « havre[1518] » au débiteur pendant lequel un immobilisme contractuel salutaire doit conduire au dénouement le plus efficace possible pour l'entreprise. Pour ce faire, l'article L.622-7, I du code de commerce dispose que « le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture à l'exception du paiement par compensation des dettes connexes. Il emporte également, de plein droit, l'interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture […] ». Cette règle permet à la fois d'assurer l'égalité des créanciers et de différer le paiement du passif en instituant, à l'égard du débiteur, un véritable devoir de ne pas réagir, supposé faciliter le sauvetage de l'entreprise[1519]. Les facultés contractuelles du débiteur permettant le paiement d'un créancier antérieur sont alors paralysées : non seulement les modes classiques de paiement, mais aussi ses prérogatives. Ce peut être, par exemple, l'exercice d'un droit de retrait litigieux[1520]. La violation de la règle de l'interdiction des paiements, de laquelle découle un devoir de ne pas réagir, entraîne des sanctions redoutables. Ainsi, l'article L.622-7, I du code de commerce, frappe de nullité tout paiement indûment versé par le débiteur. À cette annulation peut s'ajouter une condamnation du débiteur à la faillite

---

[1516] L'interdiction des paiements est, également, présente en matière de liquidation judiciaire : L.641-3, al. 1er, C. com. opérant un renvoi à l'article L.622, 7, I. Toutefois, il s'agit moins de chercher à sauver l'entreprise que de la liquider.

[1517] SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., n°564, p.353.

[1518] PÉROCHON F., *Entreprises en difficultés*, 10e éd., LGDJ, 2014, n°556, p.258.

[1519] En droit du surendettement des particuliers, l'article L.722-5 du code de la consommation soumet le débiteur à un devoir de ne pas réagir : en effet, l'article dispose que « la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur emportent interdiction pour celui-ci de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire […] de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine ; elles emportent aussi interdiction de prendre tout garantie ou sûreté ». Cette mesure ne peut excéder une durée de deux ans. Là aussi, le débiteur voit la plupart de ses prérogatives gelées : tout devoir de réaction est chassé.

[1520] Cass. com., 12 octobre 2004, n°03-11.615, RTD com. 2005. 417, note P.-Y. Gautier, ; Cass. com., 12 janvier 2010, n°08-2130 ; v. également : DURAND F., « Cessions de créances litigieuses, droit de retrait et procédures collectives », LPA, 2008, n°225, p.6.

personnelle[1521] et à des peines pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement[1522] comme pour mieux prouver l'importance fondamentale de l'immobilisme du comportement des contractants dans la gestion de leur défaillance. Le devoir de réaction ne trouve plus sa place une fois la procédure ouverte. Les créanciers, toutefois, sont soumis à un devoir de ne pas réagir encore plus marqué.

II. Le devoir de ne pas réagir du créancier face à la défaillance de son débiteur

391. L'inertie imposée au créancier en droit des entreprises en difficulté – Le réflexe naturel d'un créancier dont le débiteur présente des signes de défaillance est de vouloir sortir du contrat ou de l'assigner en paiement le plus rapidement possible. Cet instinct n'est cependant dans l'intérêt de personne. Le débiteur perd ses chances de se ressaisir, et le créancier précipite la faillite de ce dernier en annulant, du même coup, tout espoir de voir ses créances, ainsi que celles de ses homologues, recouvrées. Une fois le jugement d'ouverture prononcé, les créanciers sont soumis à un véritable devoir de ne pas réagir qui, au-delà d'assurer leur égalité, permet l'élaboration d'un plan dont la réussite est dans l'intérêt de tous. Sa construction dépend ainsi d'un gel général des principales prérogatives contractuelles de nature à permettre au créancier de recouvrer sa créance[1523]. Corollaire de l'interdiction des paiements, l'arrêt des poursuites individuelles et des procédures d'exécution pendant la période d'observation[1524] impose aux créanciers un devoir de ne pas réagir. Un tel principe trouve son fondement à l'article L.622-2, I du code de commerce qui dispose que « le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers […] » tenant à soit condamner le débiteur au paiement d'une somme d'argent, soit à la résolution d'un

[1521] Art. L.653-5, 4°, C. com.
[1522] Art. L.654-8, C. com.
[1523] Le créancier d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de surendettement des particuliers et soumis à un devoir de ne pas réagir dans l'usage de ses prérogatives similaire à celui que nous venons de rencontrer en droit des procédures collectives. Ainsi, la recevabilité de la demande du débiteur de traitement de sa situation de surendettement emporte, nous dit l'article L.722-2 du code de la consommation, « suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaire ». Les créanciers sont soumis à un immobilisme forcé jusqu'à ce que les mesures soient prises en vertu de la procédure applicable : ce peut être l'approbation d'un plan conventionnel, par exemple ; v. JULIEN J., *Droit de la consommation, op. cit*., n°409, p.594.
[1524] Le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire suspend, de la même manière, les poursuites individuelles (L.641-3, C. com.). Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, les poursuites individuelles ne sont pas suspendues mais définitivement interrompues (L.643-11, C. com.).

contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il leur est également interdit de se prévaloir de certaines sûretés[1525], notamment des poursuites à l'égard des garants personne physique[1526]. Le créancier se voit soumis à une antithèse absolue du devoir de réaction, puisqu'il lui est interdit, par exemple, d'exercer une action en exécution forcée ou en responsabilité civile contractuelle. Plus encore, ses prérogatives contractuelles de résolution sont paralysées. Ainsi, il lui est impossible de résoudre un contrat pour inexécution ou de se prévaloir d'une clause résolutoire postérieurement au jugement d'ouverture. Un mécanisme soumis à un intense devoir de réaction devient, de manière dérogatoire, soumis au comportement inverse. Là aussi, les sanctions du manquement au principe de suspension des poursuites individuelles sont implacables. Son caractère d'ordre public interne[1527] et international[1528] lui permet d'être soulevé d'office par le juge, qui doit lui opposer une fin de non-recevoir[1529]. Ce double devoir de ne pas réagir, qui s'impose à la fois au débiteur et aux créanciers, aura convaincu qu'à une intense période de réactivité doit parfois succéder une période d'immobilité générale qui permet, à l'instar du devoir de réaction, un traitement efficace de la défaillance ici, d'une crise ailleurs. Le devoir de réaction trouve ainsi des limites dans l'existence de ces plages temporaires où l'immobilisme prime, il se détache pour un moment des prérogatives auxquelles il était attaché.

392. Conclusion de la seconde section – Les mécanismes de gestion de l'exceptionnel dans l'exécution du contrat laissent apparaître la complémentarité du devoir de réaction avec le devoir de ne pas réagir. Les exemples qui précèdent, qu'il s'agisse de la renégociation pour imprévision, des législations d'urgence ou des plans de sauvetage des entreprises en difficulté ou de la procédure de surendettement des particuliers ont démontré que le devoir de ne pas réagir continue le devoir de réaction dans sa finalité. Ce dernier, redoutable outil d'efficacité, doit parfois s'effacer pour laisser place à une période de gel des prérogatives contractuelles. Dans chaque exemple, le devoir de réaction s'attachait à imposer aux parties de se saisir, de prendre conscience d'un risque en réagissant le plus rapidement possible à sa survenance. Une fois celles-ci

---

[1525] SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°720, p.477 : les gages sans dépossession avec droit de rétention, les pactes commissoires et la fiducie.
[1526] Art. L.622-28, C. com.
[1527] Cass. com., 21 juillet 1987, n°85-18.253.
[1528] Cass. civ. 1ère, 8 mars 1988, n°96-12.015, Bull. civ. I, n°65.
[1529] JACQUEMONT A., VABRES R., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficultés*, 10e éd., LexisNexis, 2017, n°440, p.271.

effectuées, les parties se soumettent à un immobilisme, parfois forcé, de nature à permettre une bonne gestion des conséquences du risque, de la crise. Celle-ci permet, tour à tour, d'éviter l'effet de panique et de précipitation, en attendant de trouver des solutions satisfaisantes, de mener à bien une renégociation entre un débiteur et un créancier sans la tolérance duquel elle n'aboutirait guère, ou d'avoir les mains et l'esprit libres pour élaborer un plan destiné à sauver une entreprise ou une personne physique endettée, qui sera finalement dans l'intérêt de toutes les parties prenantes. La description de ce phénomène d'immobilisme amène le devoir de réaction devant de nouvelles limites : juridiquement, celui-ci ne peut plus être exigé des parties ; philosophiquement, il démontre que le droit érige des limites à l'idée d'une réactivité hégémonique. Dans la gestion des crises que peut traverser un contrat, la passivité obligatoire fait souvent suite à une réactivité imposée. L'union des deux modèles, l'un dynamique, l'autre statique, offre alors un outil particulièrement performant de gestion des crises.

CONCLUSION DU CHAPITRE

393. Conclusion du second chapitre — Décrire d'autres limites destinées à relativiser le devoir de réaction dans son extension comme dans sa dangerosité ont conduit nos recherches vers les hypothèses dans lesquelles le contractant est, au contraire, sommé de ne pas réagir. La description des manifestations de ce que nous avons choisi d'appeler le devoir de ne pas réagir laissent d'abord apparaître qu'il constitue un correctif du devoir de réaction et un outil de protection de la partie faible. La chose est particulièrement observable dans la phase de conclusion du contrat. Il permet de s'opposer au comportement instinctif de réaction et d'imposer au contractant placé, par exemple, face à une décision difficile de prendre un certain temps avant de conclure. Ainsi, des délais de réflexion imposent au justiciable un devoir de ne pas réagir pendant un certain laps de temps censé lui offrir la réflexion indispensable à la prise de décision. De tels délais empêchent la présence d'un devoir de réaction et rappellent que la réactivité imposée aux parties jugées faibles peut être source d'iniquité. Ensuite, les exemples les plus frappants d'un devoir de ne pas réagir en droit positif mettent en lumière un lien complémentaire avec le devoir de réaction. S'ils s'opposent dans leur contenu, ils partagent tous deux la même recherche d'efficacité. Le devoir de ne pas réagir survient face à des évènements qui sortent de l'ordinaire. Lorsqu'un évènement imprévisible frappe le contrat ou que sévit une crise, nous avons souligné le rôle de la passivité une fois le devoir de réaction mis en œuvre. Les prérogatives du créancier sont priées de se taire pour laisser place au retour du paradigme du temps long, propice à la réflexion et de nature à conduire à la bonne gestion des conséquences du risque. L'idée est la même en droit des entreprises en difficulté où la période d'observation, pendant laquelle s'élabore un plan de sauvetage de l'entreprise, est marquée par un immobilisme général des prérogatives du débiteur et des créanciers. Le devoir de réaction trouve ainsi une limite : il ne peut prospérer là où existe un devoir de ne pas réagir qui, du même coup, freine le modèle du contractant réactif. La présence rassurante d'un devoir de ne pas réagir lorsque c'est nécessaire contribue à rendre acceptable pour l'ordre social l'essor du devoir de réaction.

CONCLUSION DU TITRE

394. Conclusion du second titre – Relativiser le devoir de réaction supposait de décrire un autre type de limite qui s'oppose à lui et qui s'observe en droit positif. Des limites plus fondamentales qui viennent à la fois relativiser sa dangerosité et le modèle du contractant réactif qu'il propose, en lui ôtant, de manière souhaitable, tout caractère hégémonique. Leur recherche partait de l'idée selon laquelle le droit se devait d'offrir une protection satisfaisante des droits subjectifs des contractants en leur aménageant des temps de latence qui dans la mesure du possible, protégeaient leur absence de réaction des conséquences redoutables de ses sanctions. Pour y parvenir, nous avons choisi d'analyser le devoir de réaction sous le prisme d'un droit et d'un devoir antagonistes, le droit de ne pas réagir et le devoir de ne pas réagir, ayant en commun non seulement d'apporter de nouvelles limites au devoir de réaction, mais aussi de proposer un contre-modèle. Le droit de ne pas réagir, d'abord, entendu largement comme le droit de prendre un temps suffisant comme celui de ne pas réagir du tout, se manifeste à travers certaines règles classiques du droit des contrats. Le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, celui de l'intangibilité du contrat ou encore la jurisprudence *Les Maréchaux* protégeant la substance de la créance des conséquences de la mauvaise foi, démontrent que liberté contractuelle et force obligatoire du contrat permettent de fonder un droit de ne pas réagir du contractant protégeant directement son absence de réaction, du moins limitant les conséquences de celle-ci. En dehors du contrat, le droit fondamental à un procès équitable, dans sa composante de l'accès au juge, permet de lutter contre les délais exagérément courts. Ensuite, le devoir de ne pas réagir, définit comme l'exigence faite au contractant de ne pas se servir de ses prérogatives, a permis d'opposer d'autres limites. En créant des espaces où le devoir de réaction ne peut prospérer, le droit l'empêche de devenir hégémonique en privilégiant ponctuellement, lorsque le devoir de réaction n'est plus efficace, une passivité salutaire. Des délais de réflexion aux gels des prérogatives en temps extraordinaire, le devoir de ne pas réagir s'oppose ou complète le devoir de réaction en paralysant les effets indésirables d'une réactivité précipitée et irréfléchie. Le devoir de ne pas réagir protège ainsi le contractant contre lui-même.

CONCLUSION DE LA PARTIE

395. Conclusion de la seconde partie – Le devoir de réaction est un outil d'une efficacité indéniable dont la contrepartie est de faire peser sur les droits des contractants une pression temporelle assortie d'une menace de sanction, dont la plus redoutable consiste en la déchéance. Il est le symptôme d'un modèle social et juridique fondé sur la recherche de l'utilité et la stigmatisation de la lenteur, dont l'essor est aussi souhaitable que son hégémonie est inquiétante. Un droit est, au départ, une possibilité offerte de réagir ; l'imposer par la contrainte, temporelle notamment, doit conduire le juriste à relativiser le devoir de réaction et douter de son aura favorable pour lui bâtir un régime acceptable par l'ordre social. C'est la raison pour laquelle le devoir de réaction, après en avoir constaté l'existence par ses manifestations et en avoir décrit le régime dans ses classifications, devait se voir opposer des limites. Ainsi, le droit positif s'efforce d'abord d'encadrer le devoir de réaction : dans sa contractualisation, puisqu'il admet la validité des clauses de réaction qui, protéiformes, peuvent être réputées non-écrites dès lors qu'elles portent une atteinte excessive aux droits du débiteur ; dans sa mise en œuvre ensuite, puisque le droit considère que se contenter de réagir ne suffit parfois pas et qu'il faut réagir de manière adéquate. C'est pourquoi la réaction du contractant et l'exercice de son devoir est soumise à une exigence de mesure à laquelle s'ajoute, ponctuellement, un formalisme destiné à l'adoucir. Cet encadrement, toutefois, ne saurait suffire. D'autres limites peuvent, en effet, venir s'opposer au devoir de réaction pour en relativiser l'hégémonie et la dangerosité. Ces dernières ressortent à la suite de la description d'un droit de ne pas réagir, dont les fondements existent non seulement en droit des contrats, mais aussi en droit des libertés fondamentales. Elles peuvent être trouver, enfin, dans les manifestations d'un véritable devoir de ne pas réagir. Dans les deux cas, le devoir de réaction trouve des limites juridiques à son essor, mais aussi des limites à son esprit. Le droit n'hésite pas à ménager des temps de latence et à privilégier le temps long lorsque cela est nécessaire, contribuant ainsi à rendre le devoir de réaction acceptable pour l'ordre social.

CONCLUSION GÉNÉRALE

396. Constater et définir l'émergence d'un nouveau devoir – L'étude du devoir de réaction du contractant avait pour objet de reconnaître une exigence comportementale nouvelle, une illustration contemporaine du rapport du droit au temps. Sa relative nouveauté, couplée à des manifestations nombreuses et en plein essor, nécessitait l'adoption d'une méthodologie par induction, grâce à laquelle le passage en revue de ses manifestations a non seulement permis d'en constater l'existence, mais aussi d'en tirer les conséquences scientifiques. Si le devoir de réaction s'est d'abord manifesté dans les contrats d'affaires, il s'est, par la suite, étendu à toutes les branches du droit des contrats et la réforme du 10 février 2016 l'a invité dans le droit commun. Ces nombreuses illustrations, aussi diverses et éclatées fussent-elles, offraient l'image d'une sanction récurrente à l'égard d'un comportement unique. Ces dernières ont permis de mettre en lumière la spécificité de la réaction juridique et d'en tirer une définition : ainsi, **le devoir de réaction peut se définir comme l'exigence faite au contractant de réagir en temps utile face à toute perturbation de l'ordre contractuel par la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif.**

397. Le devoir de réaction et l'utile — Une fois la définition établie, la diversité des manifestations du devoir de réaction nécessitait, en outre, une remise en ordre passant par une classification téléologique de ses occurrences. S'il poursuit dans tous les cas l'efficacité d'une opération donnée, l'intérêt vers lequel il est tourné déploie un régime sensiblement différent sous deux devoirs de réaction poursuivant deux objectifs différents. Le premier, destiné à assurer l'efficacité du contrat, impose au contractant de préserver, par sa réactivité, ses propres intérêts comme ceux du cocontractant. La jouissance de sa prérogative est ainsi subordonnée à son exercice en temps utile. Dans le premier cas, un tel devoir trouve son fondement principal dans la présence d'un délai-sanction, d'origine légale ou contractuelle, que continue le devoir de bonne foi sous ses différents avatars. Il est sanctionné, lorsque cela est possible, par l'impossibilité pour le contractant de se prévaloir du droit qu'il n'a pas mis en œuvre à temps. Sinon, l'engagement de sa responsabilité civile vient prendre le relai. Dans le second cas, c'est le devoir général de bonne foi qui impose au contractant de se servir rapidement de ses prérogatives contractuelles dès lors que celles-ci peuvent éviter le

préjudice du cocontractant ou minimiser son propre préjudice. Sa sanction réside respectivement dans l'engagement de sa responsabilité civile et dans une réduction de son droit à réparation intégrale. La seconde forme du devoir de réaction a pour objet d'assurer l'efficacité d'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général. Principalement de source légale, de telles obligations de moyens, comme l'obligation de sécurité de l'employeur ou de vigilance des sociétés donneuses d'ordre, couplent des mesures de prévention avec un devoir de réaction qui conditionne l'exécution de l'obligation protégeant un intérêt supérieur. Lorsque ni la prévention, ni la surveillance, ni la contractualisation n'ont suffi à prévenir le risque, la réaction devient le dernier recours : pour le débiteur d'échapper à sa responsabilité, pour le risque d'être éteint et pour l'éventuelle victime d'être sauvée. Législateur et juges favorisent alors cette réaction du contractant, mais aussi des parties prenantes, qui peuvent alors déployer des mesures énergiques sans risquer d'être jugés fautifs. Inversement, le contractant peu réactif est menacé par des sanctions redoutables : les responsabilités pénale ou administrative peuvent s'ajouter à la responsabilité civile délictuelle. Cette forme de devoir de réaction est la plus souhaitable dans le sens où elle constitue un outil efficace pour poursuivre des objectifs d'intérêt général, et pourrait s'avérer utile dans des domaines sensibles, comme la protection de l'environnement ou la lutte contre la criminalité financière. En toute hypothèse, les deux devoirs de réaction fonctionnent sur un mécanisme similaire : sa sanction dépend directement du temps de réaction, que celui-ci soit prévu légalement, contractuellement ou, s'il ne l'est pas, d'un délai raisonnable implicite au comportement attendu. Le devoir de réaction est un devoir de son temps, nécessaire à l'économie de marché et conforme aux évolutions technologiques, il est le symptôme d'une adaptation progressive de l'individu contractant à une société qui s'accélère. Il trouve son utilité dans toutes les branches du droit dans lesquelles on l'a rencontré : réduction des délais dans le monde des affaires synonyme d'efficacité économique, responsabilisation des acteurs, outil de moralisation des relations contractuelles, ou encore instrument de lutte contre l'illicite. Guidé par l'efficacité, il doit, pour toutes ces raisons, être favorisé. Et lorsqu'il coïncide avec l'intérêt général, il doit être encouragé. Le devoir de réaction, création juridique, illustre une nouvelle fois cet immense pouvoir qu'a le droit de moduler le temps des relations qu'il crée, défait ou protège. Mais ce temps produit par le droit peut saisir de doute et, disons-le, de vertige. Le droit a le pouvoir de s'autoaccélérer. Mais, dans un ordre social où d'aucuns dénoncent un rythme intenable, le doit-il toujours ?

398. Le devoir de réaction et la justice – Le devoir de réaction a, en réalité, un double visage. Il est, certes, un outil d'efficacité redoutable, mais, poussé à l'extrême, il laisse apparaître son revers : celle de l'efficacité à tout prix, de l'intolérance, de l'intransigeance contractuelle, d'une menace disproportionnée sur les droits des contractants, imposées par un rythme de plus en plus rapide dont l'accélération fait vaciller les fondations de l'édifice qu'offre la prescription depuis le droit romain, en enserrant les droits de l'individu dans un devoir de réaction qui, livré à lui-même, n'a plus vraiment de sens et peut sembler injuste. C'est pourquoi l'étude s'est, dans un second temps, bâtie autour de la description des limites opposées au devoir de réaction, et plus particulièrement celui pouvant conduire à une déchéance. Les recherches permettent de de constater une régulation assez complaisante. Le droit des contrats encadre davantage qu'il limite le devoir de réaction, en se postant aux frontières de celui-ci. Dans sa création d'abord, le droit laisse libre cours à la contractualisation du devoir de réaction dont les clauses peuvent prendre diverses formes en concurrençant, de manière inquiétante, les délais de prescription sans que le droit ne s'y oppose frontalement si ce n'est en adoptant des règles d'interprétation favorables, ou en prohibant les délais exagérément courts. Dans sa mise en œuvre ensuite, le droit veille à ce que la réaction du contractant ne se suffise pas à elle-même, mais s'exerce de manière appropriée. Ainsi, le devoir de réaction est parfois soumis à une exigence de mesure, empêchant le contractant de réagir de manière abusive ou disproportionnée, à laquelle s'ajoutent des exigences formelles destinées à adoucir sa réaction. Ceci donne à voir l'image d'un droit plus nuancé, s'appliquant à canaliser la réaction des contractants quelque part entre l'efficacité et la délicatesse. Toutefois, les déchéances légales et jurisprudentielles sont difficilement attaquables sur des fondements strictement contractuels. C'est la raison pour laquelle une deuxième série de limites, reposant sur des fondements plus généraux et fondamentaux, ont le double avantage d'empêcher tout absolutisme du devoir de réaction, en le relativisant, en offrant un contre-modèle. Dans un cadre contractuel, la dangerosité du devoir de réaction est limitée par les grands principes du droit des contrats qui aménagent un véritable droit de ne pas réagir destiné soit à priver d'effet l'absence de réaction du contractant, soit à limiter les effets de ce même comportement. Au-delà du droit des contrats, l'on s'aperçoit que le devoir de réaction peut porter atteinte au droit à un procès équitable. De tels fondements pourraient permettre, un jour, de décélérer le droit en contrant l'exigence générale de réactivité, dont le devoir de réaction est un avatar. Enfin,

la description des manifestations d'un devoir de ne pas réagir a laissé apparaitre les vertus de la passivité qu'impose parfois le droit face aux évènements extraordinaires que traverse le contrat. Il rappelle que le droit repose sur le paradigme du temps long, source de réflexion et de bonne gestion, en relativisant le dogme de la vitesse et de l'efficacité. Son attrait, sans doute, ne cessera de s'accroître et séduira de plus en plus de juristes à la recherche, dans ses vertus, d'arguments destinés à plaider en faveur d'un autre modèle.

399. L'utile et le juste – Le devoir de réaction, illustration d'une exigence contractuelle en miroir des évolutions sociales, est en plein essor et se justifie par la prodigieuse efficacité qu'il induit. Toutefois, un tel devoir, précisément pour laisser libre cours à son utilité, doit être strictement encadré pour que ses contours soient acceptables pour l'ordre social. Il s'agit de trouver le point d'équilibre entre l'impératif d'efficacité et celui, juste et vraiment humain, d'un rythme juridique supportable. Nous pensons, ainsi, que le devoir de réaction doit faire l'objet d'une approche nuancée. C'est ce que s'efforçait, et s'efforce toujours, de faire le droit. Toute la question est de savoir pour combien de temps encore.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANCEL M.-E., DEUMIER P., LAAZOUZI M.,
- *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019.

ANSAULT J.-J.,
- *Procédures civiles d'exécution*, LGDJ, 2019.

ATIAS CH.,
- *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3e éd., PUAM, 2003.
- *Philosophie du droit*, 4e éd., PUF, 2016.

AUBERT J.-L., SAVAUX E.,
- *Introduction au droit*, 18e éd., Sirey, 2020.

AUDIT M., BOLLÉE S., CALLE P.,
- *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3e éd., LGDJ, 2019.

AYNÈS L., CROCQ P. AYNÈS A.,
- *Droit des sûretés*, 15e éd., LGDJ, 2021.

BART J.,
- *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX siècle*, 2e éd., Montchrestien, 2009.

BEGUIN J., MENJUCQ M.,
- (dir.) *Droit du commerce international*, 3e éd., Traité, Litec, 2019.

BEIGNER B., BEN HADJ YAHIA S.,
- *Droit des assurances*, 4e éd., LGDJ, 2021.

BÉNABENT A.,
- *Droit des obligations*, 19e éd., LGDJ, 2021.
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14e éd., LGDJ, 2021.

BERGEL J.-L.,
- *Méthodologie juridique*, 2e éd., PUF, 2001.
- *Théorie générale du droit,* 5e éd., Dalloz, 2012.

BIGOT J.
- (dir.), *Traité de droit des assurances*, *La distribution d'assurance*, Tome II, 3e éd., LGDJ, 2020.
- (dir.), *Traité de droit des assurances*, *Le contrat d'assurance*, Tome III, 2e éd., LGDJ, 2014.

BINCTIN N.,
- *Droit de la propriété intellectuelle*, 6e éd., LGDJ, 2020.

BONNEAU T.,
- *Droit bancaire*, 14e éd., LGDJ, 2021.

BONNEAU TH., PAILLER P., ROUAUD A.-C., TEHRANI A., VABRES R.,
- *Droit financier*, 3e éd. LGDJ, 2021.

BRUN PH.,
- *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis, 2018.

BUFFELAN-LANORE Y., LARRIBAU-TERNEYRE V.,
- *Droit civil, Les obligations – 2020-2021*, 17e éd., Sirey, 2020.

BUY F., LAMOUREUX M., MESTRE J., RODA J.-C.,
- *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018.

CABRILLAC R.,
- *Droit des obligations*, 15e éd., Dalloz, 2022.

CACHARD O.,
- *Droit du commerce international*, 3e éd., LGDJ, 2018.

CADIET L., JEULAND E.,
- *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11e éd., 2020.

CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F.,
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13e éd., Dalloz, 2015.

CARBONNIER J.,
- *Droit civil : Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Tome I, Quadrige PUF, 2003.
- *Droit civil : Les biens, les obligations*, Tome II, Quadrige, PUF, 2004.

CHAGNY M., PERDRIX L.,
- *Droit des assurances*, 4e éd., LGDJ, 2018.

CHANTEPIE G., LATINA M.,
- *Le nouveau droit des obligations*, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 2e éd., Dalloz, 2018.

CHÉNÉDÉ F.,
- *Le nouveau droit des contrats*, 2e éd., Référence, Dalloz, 2018.

COLLART-DUTILLEUL F., DELEBECQUE PH.,
- *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Dalloz, 2019.

CORNU G.,
- *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, « des contrats ou des obligations conventionnelles en général »* (essai de lecture d'un titre du Code), Paris : Les cours de droit 1976-1977.
- Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., PUF, 2022.

CORNU G., FOYER J.,
- *Procédure civile*, PUF, 3e éd., 1996

CROZE H.,
- *Procédure civile – Technique procédurale civile,* LexisNexis, 7 éd., 2020.

COUCHEZ G., LAGARDE X.,
- *Procédure civile,* Sirey, 17 éd., 2014

COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F.,
- *Droit des sociétés*, 34e éd., LexisNexis, 2021.

DELEBECQUE Ph.,
- *Droit maritime*, 14e éd., Dalloz, 2020

DELEBECQUE PH., BON-GARCIN I., BERNARDET M.,
- *Droit des transports*, 2e éd., Dalloz, 2018.

DELEBECQUE PH., JACQUET J.-M., USUNIER L.,

- *Droit du commerce international*, 4e éd., Dalloz, 2021.

DELEBECQUE PH., PANSIER F.-J.,

- *Droit des obligations, Régime général*, LexisNexis, 10e éd., 2021.

DEMOGUE R.,

- *Les notions fondamentales du droit privé*, La mémoire du droit, 1911, rééd. 2011.
- *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, T. IV., 1924, T. V, 1925 et T.VI, 1931.

DEROUSSIN D.,

- *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012.

DESHAYES O., GENICON TH., LAITHIER Y.-M.,

- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* 2e éd., LexisNexis, 2018.

DEUMIER P.,

- *Introduction générale au droit,* 6e éd., LGDJ, 2021.

DOCKÈS E., AUZERO G., BAUGARD D.,

- *Droit du travail*, 35e éd., Dalloz, 2021.

DOUVILLE TH.,

- (dir.) *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., Gualino, 2018.

DROSS W.,

- *Clausier - Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaire de droit privé interne*, 4e éd., LexisNexis, 2020.

DUPRÉ DE BOULOIS X.,

- *Droit des libertés fondamentales*, 3e éd., Thémis, PUF, 2022.

DUPUY P.-M., KERBRAT Y.,

- *Droit international public*, 15e éd., Dalloz, 2020.

FONTAINE M., DE LY F.,

- *Droit des contrats internationaux*. *Analyse et rédaction de clauses*, 2e éd., 2003, Bruylant.

FABRE-MAGNAN M.,

- *Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral*, Thémis PUF, 6e édition, édition, 2021.
- *Droit des obligations II – Responsabilité civile et quasi-contrats,* Thémis, PUF, 5e éd., 2021.

FAGES B.,

- *Droit des obligations*, LGDJ, 11e éd., 2021.

FAGES B., FLEURY P. (dir),

- *Le Lamy Droit du contrat*, Lamy, 2021.

FAVENNEC-HÉRY F., VERKINDT P.-Y.,

- *Droit du travail*, 11e éd., LGDJ, Lextenso, 2021.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., PFERSMANN O., ROUX A., SCOFFONI G., ET MESTRE J.-L.,

- *Droit constitutionnel*, 24e éd., Dalloz, 2021.

FERRÉ-ANDRÉ S., BERRE S.,
- *Successions et libéralités*, 7e éd., Hypercours, Dalloz, 2021.

FERRIER D., FERRIER N.
- *Droit de la distribution*, 9e éd., LexisNexis, 2020.

FOUCHARD PH., GAILLARD E., GOLDMAN B.,
- *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

FROMONT M., KNETSCH J.,
- *Droit privé Allemand*, 2e édition, LDGJ, 2017.

GADBIN-GEORGE G.,
- (dir.) *Glossaire de droit anglais*, 2e éd., Dalloz, 2018.

GARSONNET E., CEZAR-BRU C.,
- *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e éd., t. I, Paris, 1912.

GAUDEMET J., CHEVREAU E.,
- *Droit privé romain*, 3e éd., LGDJ, 2009.

GAUTHIER C., PLATON S., SZYMCZAK D.,
- *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, 2016

GHESTIN J., LOISEAU G., SÉRINET Y.-M.,
- *Traité de Droit civil, Formation du contrat – Le contrat – Le consentement,* Tome 1, LGDJ, Coll. Traités, 4e éd., 2013.

GHESTIN J., LOISEAU G., SÉRINET Y.-M.,
- *Traité de Droit civil, Formation du contrat – Le contrat – Le consentement,* Tome II, LGDJ, Coll. Traités, 4e éd., 2013

GHESTIN J., GOUBEAUX G. FABRE-MAGNAN M.,
- *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., LGDJ, 1994.

GHESTIN J., JAMIN CH., BILLIAU M.,
- *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, 3e éd., LGDJ 2001.

GHESTIN J., BARBIER H.,
- *Traité de droit civil – introduction générale*, tome I, 5e éd., LGDJ, 2018.

GHESTIN J., BERGÉ J.-S., BARBIER H.,
- *Traité de droit civil – introduction générale,* tome II*,* 5e éd., LGDJ, 2020.

GOLA R.,
- *Droit du e-commerce et du marketing digital*, Gualino, 2019.

GRIMALDI C.,
- *Leçons pratiques de droit des contrats*, LGDJ, 2019.

GRYMBAUM L., LE GOFFIC C., MORLET-HAÏDARA L.,
- *Droit des activités du numérique*, 2e éd., Dalloz, 2022.

GUINCHARD S., CHANAIS C., FERRAND F. et MAYER L.,
- *Procédure civile, droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 35e éd., 2020.

HÉRON J., LE BARS Th., **SALHI K.,**
- *Droit judiciaire privé*, 7e éd., LGDJ, 2019.

HENNETTE-VAUCHET, S., ROMAN D.,
- *Droit de l'Homme et libertés fondamentales*, 5e éd., Hypercours, Dalloz, 2022.

HOUTCIEFF D.,

- *Droit commercial*, 4e éd., Sirey, 2016.
- *Droit des contrats*, 6e éd., Bruylant, 2021.

JACQUET J.-M., DELEBECQUE PH., CORNELOUP S.,
- *Droit du commerce international*, 4e éd., Dalloz, 2021.

JEULAND E.,
- *Droit processuel général*, 4e éd., LGDJ, 2018.

JOSSERAND L.,
- *Cours de droit civil positif français*, t.2, Paris, Sirey.

JULIEN J.,
- *Droit de la consommation*, 3e éd., LGDJ, 2019.

KENFACK H.,
- *Droit du commerce international*, 7e éd., Dalloz, 2019.

KESSEDJIAN C., PIRONON V.,
- *Droit du commerce international*, 2e éd., Thémis, PUF, 2020.

LAMBERT-FAIRE Y., LEVENEUR L.,
- *Droit des assurances*, 14e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2017.

LARROUMET C., BROS S.,
- *Traité de droit civil – Les obligations, Le contrat*, T.3, Economica, 10e éd., 2021.

LEBORGNE A.,
- *Droit de l'exécution – voies d'exécution et procédures de distribution*, 3e éd., Dalloz, 2019.

LEGEAIS D.,
- *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 14e éd., LGDJ, 2021.

LE CANNU P., GRANIER TH., ROUTIER R.,
- *Droit commercial – Instruments de paiement et de crédit – Titrisation*, 9e édition, Dalloz, 2016.

LE CANNU P., DONDERO B.,
- *Droit des sociétés*, 9e éd., LGDJ, 2022.

LE GALLOU C., WESLEY S.,
- *Droit anglais des affaires*, LGDJ, 2018.

LE TOURNEAU PH.,
- *Droit de la responsabilité et des contrats* 2021-2022, 12e éd.,. Dalloz Action, 2020.
- *Contrats du numérique 2022-2023*, 12e éd., Référence, Dalloz, 2022.

LÉVY J.-PH., CASTALDO A.,
- *Histoire du droit civil*, 2e éd., Dalloz, 2010

LOIR R., DISSAUX N.,
- *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017.

LOKIEC P.,
- *Droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail*, Thémis, PUF, 2019.

MACKAAY E., ROUSSEAU S.,
- *Analyse économique du droit*, 3e éd., Dalloz, 2021.

MALAURIE PH., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK PH.,
- *Droit des obligations*, 11e éd., LGDJ, 2020.

MALAURIE PH., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y.,
- *Droit des contrats spéciaux*, 11e éd., LGDJ, 2020.

MALAURIE PH., MORVAN P.,
- *Introduction au droit*, 8e éd., LGDJ, 2020.

MALAURIE P., AYNÈS L., PETERKA N.,
- *Droit des régimes matrimoniaux*, 8e éd., LGDJ, 2021.

MALINVAUD PH., BALAT N.,
- *Introduction à l'étude du droit*, 22e éd., LexisNexis, 2022.

MALINVAUD PH., FENOUILLET D., MEKKI M.,
- *Droit des obligations*, 16e éd., LexisNexis, 2021.

MAZEAUD A.,
- *Droit du travail*, 10e éd., LGDJ, 2016.

MAZEAUD D., BOFFA R., BLANC N.,
- *(dir.) Dictionnaire du contrat*, Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, 2018.

MERLE PH., FAUCHON A.,
- *Droit commercial*, *Sociétés commerciales*, 25e éd., Dalloz, 2021.

MESTRE J., PANCRAZI M-E., GROSSI I., MERLAND L., VIGNAL N., MESTRE-CHAMI A.-S.,
- *Activité commerciale et structures d'entreprise* (commerçants, sociétés et autres groupements), 31e éd., Tome I, LGDJ, 2021.

ORTSCHEIDT J., SERAGLINI C.,
- *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019.

PICOD Y.,
- *Droit des sûretés*, 3e éd., Thémis, PUF, 2016.

PORCHY-SIMON S.,
- *Droit des obligations 2021*, 13e éd., Hypercours, Dalloz, 2020.

RACINE J.-B.,
- *Droit de l'arbitrage*, Thémis, PUF, 2016.

RACINE J.-B., SIIRIAINEN F.,
- *Droit du commerce international*, 3e éd., Dalloz, 2018.

RAYNARD J., SEUBE J.-B.,
- *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., LexisNexis, 2019.

ROCHFELD J.,
- *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., Thémis, PUF, 2013.

ROLAND H.,
- *Lexique juridique des expressions latines*, 7e éd., LexisNexis, 2016.

ROUTIER R., MIGNOT M., LASSERRE-CAPDEVILLE J., STORCK M., ERESEO N., KOVAR J.-PH.,
- *Droit bancaire*, 1ere éd., Dalloz, 2017

SAINT-ALARY-HOUIN C.,
- *Droit des entreprises en difficulté*, 12e édition, 2020.

SÉRIAUX A.,
- *Le droit : une introduction*, Ellipses, 1997.
- *Manuel de droit des obligations*, 4e éd., PUF, 2020.

SIMLER PH., DELEBECQUE PH.,
- *Les sûretés, La publicité foncière*, 7e éd., Dalloz, Coll. Précis, 2016.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L.,
- *Droit civil – Les obligations, 2. Contrat*, 6e éd., Litec, 1998.

SZRAMKIEWICZ R., DESCAMPS O.,
- *Histoire du droit des affaires*, 3e éd., LGDJ, 2019.

TAISNE J.-J,
- *La déontologie de l'avocat*, 12e éd., Connaissance du droit, Dalloz, 2022.

TERCIER P.,
- *Le droit des obligations,* 6e éd., Schulthess, Zurich, 2019.

TERRÉ F., FENOUILLET D., GOLDIE-GENICON CH.,
- *La famille*, 9e éd., Dalloz,2018.

TERRÉ F., LEQUETTE Y., SIMLER P., CHÉNÉDÉ F.,
- *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2018.

TERRÉ F., MOLFESSIS N.,
- *Introduction générale au droit*, 13e éd., Dalloz, 2021.

TESTU F.-X.,
- *Dalloz référence Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010.

TEYSSIÉ B.,
- *Droit du travail – Relations collectives*, 11e éd., LexisNexis, 2020.

VILLEY M.,
- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2e éd., Dalloz, 2002.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2013.

VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M.,
- *Droit d'auteur et droits voisins*, 4e éd., Précis, Dalloz, 2019.

WEILL A., TERRÉ F.,
- *Droit civil – Les obligations*, 3e éd, Dalloz, 1980.

WITTMAN D.,
- *Economic foundations of law and organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

WITZ C.,
- *Droit privé allemand*, Litec, 1992.

ZAGORSKI W.,
- *Introduction aux doctrines juridiques du XXe siècle*, PUF, 2022.

ZENATI-CASTAING F., REVET R.,
- *Cours de droit civil - Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats,* PUF, 2014.

II. : OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

ALBIGÈS CH.,

- *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000.

ALBRIEUX S.,

- La responsabilité du fournisseur de moyens de communication électronique, Thèse, Paris II, 2004.

ALTER M.,

- *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, thèse, Grenoble, 1968.

AMRANI-MEKKI S.,

- *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002.

ANCEL F., FAUVARQUE-COSSON B., GEST J.,

- *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, essai, Dalloz, 2017.

ANTIPPAS J.,

- *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques,* essai, Dalloz, 2021.

AUBERT N.,

- *Le culte de l'urgence, La société malade du temps*, Essais, Champs Flammarion, 2003.

BAKOUCHE D.,

- *L'excès en droit civil*, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005.

BALAT N.

- *Essai sur le droit commun*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2016.

BANDRAC M.,

- *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, Economica, 1986.

BARBIER H.,

- *La liberté de prendre des risques*, Thèse, Préf. J. Mestre, PUAM, 2010.

BARRAULT M.-C.,

- *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligation*, th. Dijon, Dactyl., 1912.

BELLISSENT J.,

- *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2001.

BENISTY S.,

- *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Thèse, dir. T. Clay, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2013.

BERGSON H.,

- *Les deux sources de la morale et de la religion*, nouvelle édition augmentée, Arvensa éditions, 2015.

BESSON S.,

- *La due diligence en droit international*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Brill-Nijhoff, 2021.

BILLEMONT J.,

- *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, 2013.

BLOCH C.,
- *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout, PUAM, 2002.
- *La cessation de l'illicite*, préf. R. Bout, avant-propos Ph. Le Tourneau., Dalloz, 2008.

BLOCK G,
- *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Préf. N. Fricero et R. Martin, Bruylant et LGDJ, 2002.

BOLTANSKI L., CHIAPELLO E.,
- *Le nouvel esprit du capitalisme*, Nrf essais, Gallimard, 1999, rééd. 2011.

BOUCARD F.,
- *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, préf. D. Legeais., PUAM, 2002.

BOUCARD H.,
- *L'agréation dans la vente, essai de théorie générale*, préf. Ph. Rémy, Poitiers, LGDJ, 2005.
- *Responsabilité contractuelle*, Dalloz, 2019.

BOURSIER M.-E.,
- *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, D., 2003.

BROUSSEAU E.,
- *L'économie des contrats, Technologies de l'information et coordination interentreprise*s, L'économie en liberté, PUF, 1993.

BRUNEL F.,
- *L'abstention du titulaire d'une prérogative en droit privé : ébauche d'une norme de comportement*, Thèse, Université Clermont Auvergne, 2017.

BRUSCHI M.,
- *La prescription en droit de la responsabilité civile*, préf. A. Sériaux, Economica, 1997.

BUCKLEY F. H.,
- *Just Exchange – A theory of contract*, London, Routledge, 2005.

CARBONNIER J.,
- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e, éd., 2001.
- *Sociologie juridique*, 2e éd, PUF, 2004.
- *Écrits*, textes rassemblés par R. Verdier, PUF, 2008.

CARSIN X.,
- *La renonciation en droit du travail*, Thèse, Dactyl., Paris I, 2006.

CARVAL S.,
- *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Thèse, Paris, LGDJ, 1995.

CASSAYRE A.,
- *La justice dans les cités grecques, De la formation des royaumes hellénistiques au legs d'Attale*, PUR, 2010.

CAUCHY-PSUAME M.-C.,
- *L'estoppel by représentation – étude comparative de droit français et anglais,* Paris XI, 1999

CAYROL N.,
- *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001.

CÉLICE B.,
- *Théorie générale des réserves et du non-vouloir*, Paris, 1965.

CHABAS C.,
- *L'inexécution licite du contrat*, préf. Ghestin, LGDJ, Paris 1992.

CHALTIEL-TERRAL F.,
- *Les lanceurs d'alerte*, Dalloz, 2018.

CHEVREAU E.,
- *Le temps et le droit : la réponse de Rome : l'approche du droit privé,* préf. M. Humbert, De Boccard, 2006

CHOLET D.,
- *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, 2006

CLAY T.,
- *L'arbitre*, Volume 1, Dalloz, 2001.
- *L'arbitre*, Volume 2, Dalloz, 2001.
- *Code de l'arbitrage commenté*, 2e éd., LexisNexis, 2021.

COHEN-TANUGI L.,
- *Le droit sans l'état*, Quadrige, PUF, 2007.

CRESP M.,
- *Le temps juridique*, *Essai d'une théorie générale*, préf. J. Hauser, PUAM, 2013.

COULON C.,
- *L'obligation de surveillance*, Economica, 2003.

DABIN J.,
- *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, rééd. 2008.

DE BERARD F.,
- *Le devoir de loyauté dans le contentieux privé international*, thèse, dactyl., Paris 10, 2009.

DELAHAYE Th.,
- *Le facteur temps dans le droit des obligations*, tome I, La temporalité du contrat, Larcier, 2013.

DELEBECQUE PH.,
- *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, Thèse dactyl., Aix-Marseille III, 1981.

DEXANT DE BAILLIENCOURT O.,
- *Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*, Dalloz, 2012.

DIENER P.,
- *Le silence et le droit*, Bordeaux I, 1975.

DIEUX X.,
- *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui, Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 1995

DOUVILLE T.,

- *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. Ch. Alleaume, LGDJ, 2014.

DUHEN W.,

- *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à internet, Préf. J. Frayssinet,* PUAM, 2013.

DUMERY A.,

- *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, l'Harmattan, 2010.

DREIFUSS-NETTER F.,

- *Les manifestations de volonté abdicatives*, Thèse, LGDJ, 1985.

DREYSSÉ D.,

- *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Dalloz, 2021.

EL GAMMAL M.,

- *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques,* LGDJ, 1967.

ETIENNEY A.,

- *La durée de la prestation*, *Essai sur le temps dans l'obligation*, LGDJ, 2008.

FABRE-MAGNAN M.,

- *De l'obligation d'information dans les contrats*, essai d'une théorie, préf., J. Ghestin, LGDJ, 1992.
- *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.

FAGES B.,

- *Le comportement du contractant*, préf. J. Mestre, PUAM, 1997.

FAURE-ABBAD M.,

- *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle* (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat), préf. Ph. Rémy, Poitiers, LDGJ, 2003.

FOREST G.,

- *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Dalloz, 2012.

FRELETEAU B.,

- *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2015.

FROSSARD J.,

- *La distinction des obligations de moyen et de résultat*, LGDJ, 1965.

GAILLARD E.,

- *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.

GAUDIN L.,

- *La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel,* préf. G. Pignarre, Defrénois, 2009.

GÉNIAUT B.,

- *La proportionnalité dans les relations du travail – De l'exigence au principe*, préf. A. Jeammaud, Dalloz, 2009.

GENICON T.,

- *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007.

GÉRARD P., OST F., VAN de KERCHOVE M.

- (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2000.

GÉNY F.,

- *Méthode d'interprétation et sources en droit positif – Essai critique*, T.1, LGDJ, Coll. Anthologie du droit, 2e édition, 1919.
- *Méthode d'interprétation et sources en droit positif – Essai critique*, T.2, LGDJ, Coll. Anthologie du droit, 2e édition, 1919
- *Science et technique en droit privé positif,* t. 2, 1927.

GIRARD B.,

- *Histoire des théories du management en France, Du début de la Révolution industrielle au lendemain de la Première guerre mondiale*, l'Harmattan, 2015.

GIRARD R.,

- *Achever Clausewitz*, éd. Flammarion, 2011.

GIRARD-GAYMARD T.,

- *Les opportunités d'affaires en droit privé*, préf. H. Barbier, PUAM, 2020.

GODÉ P.,

- *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. Patarin, PUF, 1977.

GOLDSCHMIDT S.,

- *L'obligation de sécurité*, thèse, Lyon, 1947.

GOUBINAT M.,

- *Les principes directeurs du droit des contrats*, thèse, Grenoble, 2016.

GREVAIN-LEMERCIER K.,

- *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2011.

GROSSER P.,

- *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, Paris I, 2000.

GEUNETTE-SEIGNEURET J.,

- *Du devoir de prévision à la faute de prévision, étude sur la notion de prévisibilité contractuelle*, Paris I, dactyl., 2017.

GURVITCH G.,

- *Éléments de sociologie juridique*, Préf. François Terré, Dalloz, 2012.

HAGE-CHAHINE N.,

- *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse, Ed. Panthéon-Assas Paris II, 2017.

HALÉVY D.,

- *Essai sur l'accélération de l'histoire*, de Fallois, 2001.

HALLOUIN J.-C.,

- *L'anticipation, Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, Th. Dactyl., Poitiers, 1976.

HATTAB R.,

- *De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, préf. M. Storck, Presse Universitaires de Strasbourg, 2006.

HELLERINGER G.,

- Les clauses du contrat, Essai de typologie, préf. L. Aynès, post. F. Terré, LGDJ, 2012.

HEINICH J.,

- *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. Mestre, PUAM, 2015.

HENRY M.,

- *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, LGDJ, 2001.

HOUTCIEFF D.,

- *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* tome I, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001.
- *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* tome II, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001.

HUET J.,

- *Responsabilité contractuelle et délictuelle*, Paris II, 1978.

JAMIN CH. (dir.),

- *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008.

JABBOUR R.,

- *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016.

JACQUES Ph.,

- *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005.

JALUZOT B.,

- *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Dalloz, Paris, 2001.

JAOUEN M.,

- *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, 2013.

JAULT A.,

- *La notion de peine privée*, Thèse, Paris, LGDJ, 2005.

JESTAZ Ph.,

- *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, préf. P. Raynaud, Paris : LGDJ, 1968.
- *Les sources du droit*, 3e éd., Dalloz, 2022.

JOSSERAND L.,

- De l'abus des droits, Paris, Rousseau, 1905.
- Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris, Dalloz, 1928.
- De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits, 2e éd., Dalloz, 1939.

KAHNEMAN D.,

- *Système 1/Système 2. Les deux vitesses de la pensée*, trad. R. Clarinard, Paris, Flammarion, 2012.

KLEIN J.,

- *Le point de départ de la prescription*, préf. N. Molfessis, Economica, 2013.

LAITHIER Y.-M.,

- *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse, Paris I, 2004.

LAVAL C.,

- *L'homme économique*, Coll. Tel, Gallimard, 2007.

LEGENDRE R.,

- *Droits fondamentaux et droit international privé*, préf. L. Gannagé, Dalloz, 2020.

LEVAL (de) G.,

- *Les délais : recension des délais dans les différentes branches du droit*, Bruylant, 2008.

LE GAC-PECH S.,

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, coll. Paris, LGDJ, 2000.

LE GARS A.,

- *La déchéance des droits en droit privé français*, Toulouse I, 2003.

LEQUETTE S.,

- *Le contrat-coopération, Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner., Economica, 2012.

LIBCHABER R.,

- *Le contrat au XXIe siècle*, LGDJ, 2020.

LIGHTWOOD J. M.,

- *The time limit on actions; Being a treatise on the statute of limitations and the equitable doctrine of laches,* Butterworth & co., London, 1909, réed. Forgotten Books, 2018.

LITTMAN M.-J.,

- *Le silence et la formation du contrat*, Thèse, Strasbourg, dactyl., 1969.

LHUILIER G.,

- *Le droit transnational*, Méthodes du droit, Dalloz, 2016.

LUXEMBOURG F.,

- *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas DL, Paris, 2008.

LE GOFF J.,

- *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes, 2004
- *Pour un autre Moyen-âge, Temps, travail et culture en Occident* : 18 essais, Coll. Tel Gallimard, 1977.

LE TOURNEAU Ph.,

- *L'éthique des affaires et du management au XXIème siècle*, Dalloz, 2000.

LOPES P.,

- *L'adaptation de la relation de travail pour motif économique*, Thèse, Paris II, 2017

MALAURIE Ph.,

- *Anthologie de la pensée juridique*, 2e éd., Cujas, 2001.

MALECKI C.,

- *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, Paris I, LGDJ, 1999.

MEHANNA M.,

- *La prise en compte de l'intérêt du cocontractant*, Thèse, dactyl., Paris II, 2014.

MEKKI M.,

- *L'intérêt général et le contrat, Contribution à l'étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.

MELIN-SOUCRAMANIEN B.,

- *Le juge des référés et le contrats, préf. J. Mestre, coll. Institut de droit des affaires*, Aix-Marseille, PUAM, 2000.

MILANO L.,

- *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Dalloz, 2006.

MILL J.-S.,

- *De la liberté*, trad. L. Lenglet, Folio, 1990.
- *L'utilitarisme*, trad. G. Tanesse, Champs, Flammarion, 2018.

MIRABAIL S.,

- *La rétractation en droit privé français*, Toulouse, 1991.

MOLINA L.,

- *La prérogative contractuelle*, Thèse, Paris I, 2020.

MOULY C.,

- *Les clauses d'extinction du cautionnement*, th. Montpellier 1977, Litec 1979.

MOUSSERON P., RAYNARD J., SEUBE J.-B.,

- *Technique contractuelle*, 5e édition, Francis Lefebvre, 2017.

MULLER A.-C.,

- *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, préf. H. Synvet, vol. 16, Economica 2007.

MUSSO P.,

- *La religion industrielle : monastère, manufacture, usine : une généalogie de l'entreprise*, Fayard, 2017.

PAULIN C.,

- *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996.

PEPINO C.,

- *La performance en droit des affaires*, Thèse, Aix-en-Provence, 2018.

PICOD Y.,

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.

PILLEBOUT J.-F.,

- *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Pref. P. Raynaud, LGDJ, 1971.

PINNA A.,

- *La mesure du préjudice contractuel*, préf. P.-Y. Gauthier, LGDJ, 2007.

PLUNKETT J.,

- *The duty of care in Negligence*, Oxford, Hart Publishing, 2018

POPINEAU-DEHAULLON C.,

- *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, Thèse, Bibliothèque de droit privé tome n°498, Préf. M. Goré, LGDJ, Paris, 2008.

PORTALIS, TRONCHET, BIGOT de PRÉAMENEU et MALEVILLE,

- *Discours préliminaire sur le projet du Code civil*, présenté l'an IX, Bordeaux, éd. Confluences, 2004.

OLAGNE C.,

- *Le pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la prescription*, thèse, Strasbourg, 2009.

ORTSCHEIDT J.,

- *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Dalloz, 2001.

OSMAN F.,

- *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Préf. E. Loquin, LGDJ, 1992.

OST F.,

- *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999.

OUTIN-ADAM A.,

- *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, thèse Paris II, 1986.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H.,

- *Le raisonnable en droit des contrats*, préf. J. Beauchard et Ramarolanto-Ratiaray, LGDJ, Poitiers, 2009.

REIFEGERSTE S.,

- *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2002.

REVERCHON-BILLOT M.,

- *La question litigieuse en matière contractuelle*, préf. E. Savaux, Thèse, Dalloz, 2017.

RIASETTO I.,

- *La responsabilité du gestionnaire de portefeuille*, éd. Francis Lefebvre, 2014.

RIPERT G.,

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4e édition, 1949
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, réed. LGDJ, 1992.
- *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, 1955.
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1999.

ROUBIER P.,

- *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2005.

ROSA H.,

- *Accélération, Une critique sociale du temps*, La découverte/poche, coll. "Théorie critique", 2011.

SALEILLES R.,

- *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence*, Arthur Rousseau éditeur, Paris, 1897.

SAVATIER R.,

- *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, première série,* Panorama des mutations, 3e éd., Dalloz, Paris, 1964.
- *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4e édition, Dalloz, 1974.

SCHOLASTIQUE E.,

- *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1998.

SÉVELY-FOURNIÉ C.,

- *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, Contribution à l'étude de l'acte juridique*, Dalloz, 2010.

SÉRIAUX A.,

- *La faute du transporteur*, préf. Bonassies, Economica, 2e éd., 1998.
- *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020.

SERVET J.-M.,

- *L'économie comportementale en question*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2018.

SINTEZ C.,

- *La fonction préventive en droit de la responsabilité civile. Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, préf C. Thibierge et P. Noreau, Dalloz, 2011.

SOLIVERES A.-V.,

- *Le salaire dans la compétition*, Thèse, Paris II, 2018

SOULEAU I.,

- *La prévisibilité du dommage contractuel* (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil), dir. G. Durry, Paris II, 1979.

STATI M.,

- *Le standard juridique*, thèse Paris, 1927.

STEINER PH., VATIN F.,

- *Traité de sociologie économique*, Quadrige Manuels, PUF, 2009.

STEVIGNON A.,

- *Le climat et le droit des obligations*, préf. N. Molfessis, LGDJ, 2022.

STOFFEL-MUNCK Ph.,

- *L'abus dans le contrat*, Essai d'une théorie, préf. R. Bout, LGDJ, Paris, 2000.

SUPIOT A.,

- *Critique du droit du travail*, PUF, 2e édition, 2007.
- *Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005.
- *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.
- *La gouvernance par les nombres*, cours au Collège de France, Fayard, 2015.
- *Le travail n'est pas une marchandise, Contenu et sens du travail au XXIe siècle*, Éditions du Collège de France, 2019.

TEFFO F.,

- *L'influence des objectifs gouvernementaux sur l'évolution du droit des sociétés*, Dalloz, 2014.

THALER R. H.,

- *Misbehaving, les découvertes de l'économie comportementale*, trad. Ch. Jaquet, Seuil, 2018.

THIBIERGE L.,

- *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. Aynès, Economica, 2011.

TIREL M.,

- *L'effet de plein droit*, Dalloz, 2018,

TISSEYRE S.,

- *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012.

TRANIER-LAGARRIGUE J.,

- *L'inertie en droit privé*, Thèse, Toulouse, 2002.

TROLONG R.-T.,

- *De la prescription*, t. I., Charles Hingray Libraire-éditeur, 1835.

WHATELET J.,

- *La loyauté en droit de la propriété intellectuelle*, thèse, PUAM, 2016

WEBER M.,

- *Sociologie du droit*, coll. Quadrige, PUF, Paris, 1986.

WEILLER L.,

- *La liberté procédurale du contractant*, Thèse, PUAM, 2004.

III. : RÉPERTOIRES ET OUVRAGES PRATIQUES

ADAM P.,

- « Harcèlement moral - Contours juridique de la notion de harcèlement », *in Rép. dr. trav.*, Dalloz, 2022.
- « Harcèlement moral – Mécanismes de règlement des situations de harcèlement », *in Rép. dr. trav.*, Dalloz, 2022.

ANCEL P.,

- « Imprévision », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021, n°86.

ALLAIN T.,

- *Clause de garantie dans les cessions de droit sociaux – exécution de garantie*, *in Rép. dr. soc.*, Dalloz, 2019.

BARRET O.,

- « Promesse de vente », *in Rép. dr. immo.*, Dalloz, 2021.

CADIET L., LE TOURNEAU P.,

- « Abus de droit », *in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2017.

CHANTEPIE G.,

- « Contrats : effets – devoir d'exécuter le contrat », *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2020.
- « Contrats : effets – rayonnement du contrat », *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2020.

DISSAUX N.,

- « Franchise », *in Rép. dr. com*., Dalloz, 2022.

FORTI V.,

- « Exécution forcée en nature », *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2021.

FRICERO N.,

- « Droit à un tribunal indépendant et impartial », *in Dalloz Action Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2021-2022, n°311.62.

HAGE-CHAHINE N.,

- « Résolution – Résiliation – Les modes de résolution du contrat », *in Rép. dr. civil*, Dalloz, 2021.

HONTEBEYRIE A.,

- *«* Prescription extinctive *», in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2022.
- « Prescription extinctive – Délais de forclusion », *in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2022.
- *«* Prescription extinctive – Aménagements conventionnels de la prescription extinctive *», in Rép. dr. civ.,* Dalloz, 2022.

HOUTCIEFF D.,

- « Renonciation », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021.

JULIEN J.,

- « Abstention fautive », *in Dalloz action*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021-2022, p. 2216.05 et s.

LAHER R.,

- « Sommation », *in Rép. proc. civ.*, Dalloz, 2020, n°46

LEMOULAND J.-J., PIETTE G., HAUSER J.,

- « Ordre public et bonnes mœurs », *in Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2021.

LE TOURNEAU PH.,

- « Responsabilité : généralités », *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2022.

LE TOURNEAU PH., POUMARÈDE M.,
- *«* Bonne foi *»*, *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2017.

LOKIEC V.,
- « Délai », *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2019, n°1 et s.

MOUIAL BASSILANA E.,
- « Entreprise en difficulté : responsabilités et sanctions », *in Rép. dr. soc*., Dalloz, 2022.

PICOD Y.,
- *«* Nullité - Interpellation interrogatoire *»*, *in Rép. dr. civ*., Dalloz, 2021.

PIETTE G.,
- *«* Transports maritimes *»*, *in Rép. dr. com*., Dalloz, 2019.

RODRIGUES S.,
- « Transports aérien *»*, *in Rép. dr. eur*., Dalloz, 2019.

TAISNE J.-J., DOUCHY-OUDOT M.,
- « Avocat », *in Rép. proc. civ*., Dalloz, 2022.

TESTU F.-X.,
- *« Clause de prescription et de forclusion »*, *in Dalloz référence Contrats d'affaires*, 2010.

TRÉBULLE F.-G.,
- « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale », *in Rép. dr. soc*., Dalloz 2022

VIGNERON S.,
- *Enchères*, *in Rép. proc. civ*., Dalloz, 2022.

IV. : ARTICLES, CHRONIQUES ET ACTES DE COLLOQUE

ADAM P.,

- « La « dignité du salarié » et le droit du travail », Rev. trav., 2014, p.168.

ALBARIAN A.,

- « Brèves observations comparatives sur un remède de justice privée préventive propre au droit contractuel : *l'exceptio timoris* », LPA 3 mai 2011, n°87.

AMRANI-MEKKI S.,

- « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Defrénois, 30 mars 2003, n°6, p.369.
- « Droit des contrats », D.2007, p.2966
- « Le principe de célérité », RF, adm. Pub., n°125, 2008, p.43 et s.
- « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP G, n°27, 2008, I, p.160.

ANCEL P.,

- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », JCP E 1998, cah. Dr. Ent. N°6, p.30.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD Civ., 1999, p.771.
- « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Actes du colloque, Centre René Demogue, Lille, 2007, p.211.
- « Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle, retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, 2011, Dalloz-Sirey / Litec, p.6 et s.

ANTONMATTEI P.-H.,

- « Introduction : quand travailler autrement devient une obligation », in RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, 2021, p. 283.

ARHAB F.,

- « Les nouveaux territoires de la faute », Responsabilité civile et assurances n°6, juin 2003, p.16.

ASHRAF R. I.,

- "The doctrine of Laches in International Law", Virginia Law Review, Vol. 83, n°3, April 1997, pp. 647-692.

ATIAS Ch.

- « L'analyse économique du droit », RRJ 1987-2.
- « Les promesses implicites de stabilité (crédit, emploi) », D.1995, p.125.

ATIAS Ch., LINOTTE D.,

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », Recueil Dalloz, 1977, chronique XXXIV, p.251 et s.

AUBERT J.-L.,

- « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? », RJDA 2004, p.335

- « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *in Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p.55.

AUDIT P.-E.,

- « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », RTD Civ. 2021. 545.

AYNÈS A.,

- « Les fonctions du temps », *in Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.77.

AYNÈS L.,

- « Formalisme et prévention », *in* FADLALLAH I. (dir.), *Le droit du crédit au consommateur,* Litec 1982, p.76.
- « Le devoir de renégocier », RJ com., 1999, p.11.
- « L'obligation de loyauté », APD, 2000, p.197, n°44.
- « À propos de la force obligatoire du contrat », RDC 2003, p.323.
- « Motivation et justification », RDC 2004, n°2, p.555.
- « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Dossier Lamy, Dr. et patr., 2004, n°126, p.55.
- « L'imprévision en droit privé », RJ com., 2005, p.397.
- « Mauvaise foi et prérogative contractuelles », *in Les prérogatives contractuelles*, RDC, 2011, p.687.
- « Rapport de Synthèse », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., hors-série n°3, 12 juin 2017, p.88 et s.

AYNÈS L. ET STOFFEL-MUNCK PH.,

- « Les prérogatives contractuelles et la bonne foi », Dr. et patr., 2010, n°194, p.103.
- « Nullité, exécution volontaire : confirmation ou estoppel », Dr. et patr., 2013, n°226, p.68.

BALAT N.,

- « Forclusion et prescription », RTD Civ., 2016, p.751.
- « Le juge contrôlera-t-il d'office la bonne foi des contractants ? », D.2018, p.2099.
- « Les règles instituant des processus en droit des contrats : observations sur le formalisme méthodique », *in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p.895.
- « À propos du nouveau droit commun des contrats », *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p.27.

BALAT N. ET GAUTIER P.-Y.,

- « De l'abus du droit de soulever une question prioritaire de constitutionnalité », JCP G, 2019, n°23, p.1062.

BALAT N., ET GRIMALDI M.,

- « Entre contrainte et contrat : le nouveau délai de prescription extinctive », Revue de droit des affaires de l'Association Droit & Affaires, janv. 2010, n°7, p.189.

BARBIER H.,

- « Du devoir de ne pas contracter au devoir de contracter du banquier », RD bancaire et fin., 2013, n°5, 2013, doss. n°49.
- « L'objectif de proportionnalité des sanctions contractuelles », RTD civ. 2016, p.107.
- « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD Civ., 2016, p.247
- « Propos introductifs », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., hors-série n°3, 12 juin 2017.
- « Rapport de synthèse », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.69.
- « L'exception d'inexécution et la reprise d'exécution à l'épreuve de la crise », *in* RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p.119.

BARBIÈRI J.-F.,

- « Lanceur d'alerte et droit des sociétés », JCP E, n°24, 16 juin 2022, 1217.

BATIFFOL H.,

- « La "crise du contrat" et sa portée », APD, t.13, 1968, p.13.

BAZIER P.,

- « La renonciation à un droit et la *rechtswerking* en droit privé », Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013), CUP, vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014.

BÉGUET J.-P.,

- « Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », RTD civ., 1947, p.133.

BEHAR-TOUCHAIS M.,

- « Rapport introductif », *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* LPA, 1998, n°117, numéro spécial, p.3.
- « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats », *in* M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.) *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui,* Actes du colloque, Economica, 2001, p.83.
- « L'ordre concurrentiel et le droit des contrats », *in L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, éd. Frison-Roche*, 2003, p.245.
- « Motivation et agrément », RDC, 2003, n°1, p.152.
- (dir.), *La dénonciation en droit privé*, Economica, 2010.

BÉNABENT A.,

- « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport français », *in La bonne foi, Journées Louisianaises*, Association Henri Capitant, Tome 43, 1994, p. 294.

- « Observations finales », *in Les prérogatives contractuelles*, RDC, avril 2011, p.746.
- « Approche sociologique de la prescription », Revue dr. et proc. n°3, 2012, p.58.
- « Un culte de la proportionnalité … un brin disproportionné ? », D.2016, p.137.

BENISTY S.,

- (dir.) *Les devoirs en droit*, Institut universitaire Varenne, 2017.

BENSAMOUN A.,

- « Précisions sur la place du silence en droit », D.2006, p.1025.

BERGEL J.-L.,

- « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD Civ. 1984, p.263.
- « Le temps de la loi », *in* FLEURY-LE-GROS P. (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre, 2008, LexisNexis, p.1.

BLANC N.,

- « Le juge et les standards juridiques », RDC 2016, n°2, p.364.

BLANC G.,

- « Réforme du droit des obligations et droit anglo-américain », *in* BLOCH C., CERATI-GAUTHIER A., PERRUCHOT-TRIBOULET V. (dir.*), L'influence de la réforme de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, hors-collection, Dalloz, 2017, p.5.

BLOCH C., CERATI-GAUTHIER A., PERRUCHOT-TRIBOULET V.,

- (dir.) *L'influence de la réforme de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, hors-collection, Dalloz, 2017.

BOILLOT C.,

- « La réduction et l'harmonisation des délais de prescription de la rupture du contrat par les ordonnances du 22 septembre 2017 », Cah. Soc. Janv. 2018, n°122f2, p.53

BOLLÉE S., LAITHIER Y.-M.ET PÉRÈS C.,

- (dir.) *L'efficacité économique en droit*, Economica, Etudes juridiques, 2010.

BORÉ J.,

- « Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes », *in Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p.139.

BOUQUET B.,

- « La nécessité d'adapter le traitement à l'évolution des difficultés de l'entreprise », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.31

BOUVERESSE J.,

- « Deux temps sociaux, deux temps du droit », *in* FLEURY-LE-GROS P. (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre, 14 et 15 mai 2008, LexisNexis, p.11 et s.

BORGHETTI J.-S.,

- « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *in Etudes offertes à Geneviève Viney*, Liber Amicorum, LGDJ, 2008, p.145.

BOSKOVIC O.,

- « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », D.2016, p.385.

BOUCHARD V.,

- « Pour une définition de la notion de charge en droit privé », LPA, juillet 2002, n°147, p.4.

BRIAND PH.,

- « L'habitude dans les contrats », *in* AUBRY DE MAROMONT C., DARGENT F. (dir.) *L'habitude en droit*, Institut Universitaire Varenne, 2019.

BRIGHT C.,

- « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », Dr. soc., 2017, p.828.

BRENNER C.,

- « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », RDC 2008, n°4 p. 1431.

BRIGNON B., GROSSI I.,

- (dir.) *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly éditions, Lextenso, 2018.

BRUN Ph.,

- « L'avant-contrat dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017.
- « Le feuilleton du délai butoir en matière de garantie des vices cachés », D.2022, p.257.

CACHARD O., LICARI F.-X., LORMANT F.

- (dir), *La pensée de François Gény*, Dalloz, 2013.

CADIET L.,

- « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », Rev. Arb., 1996, p.3
- « Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *in Le juge entre deux millénaires*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, Dalloz, 1999, p.495.

CAILLER M.-C.,

- « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », Droit social 2017 p.819.

CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A.

- (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

CARBONNIER J.,

- « Le silence et la gloire », D.1951, chron. p.119.
- « Notes sur la prescription extinctive », RTD Civ., 1952, p.171.
- « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », Année sociologique, 1958, p.3.

CATTALANO G.,

- « Smarts contracts et droit des contrats », AJ contrat 2019, p.321.
- « Office du juge et clauses abusives : florilège de décisions », RDC 2022, n°1, p.81.

CAVALLIÉ B., KFOURI S.,

- « L'exploitation judiciaire de l'urgence », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.15.

CHANTEPIE G.,

- « L'efficacité attendue du contrat », RDC 2010, n°1, p.347.
- « La détermination des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives des pratiques commerciales déloyales », *in Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Larcier, 2012, p.86.

CHAZAL J.-P.,

- « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? » *in* MAZEAUD D., JAMIN C. (dir), *La nouvelle crise du contrat*, 2001, Dalloz, p.99.
- « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », D. 2015, p.637.

CHÉNÉDÉ F.,

- « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles », RDC 2011, p.709.

CHEVALIER P.,

- « Impartialité de l'arbitre, étendue de son obligation de révélation et promptitude à agir des parties », D.2014, p.1981.

CLAY TH.,

- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D.2014, p.2541.
- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D.2016, p.2589.
- « La réactivité dans l'arbitrage », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.51.
- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », D. 2019, p.2435

COLLECTIF,

- *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF.

COPPENS Ph.,

- « Le temps en droit et en économie », *in Le temps et le droit*, *Hommage au Professeur Closset-Marchal,* Bruylant, 2013, p.43.

CORMIER M., BEUMERS T.,

- « Regards comparatistes sur l'obligation de minimiser le dommage dans le projet de réforme de la responsabilité civile », RLDC 2017, p.44 et s.

CORNELOUP C.,

- « Le temps et le droit international privé », *in Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.21-43.

COULON C.,

- « L'obligation de limiter le montant de la dette du débiteur défaillant », D. 2002, p.843.

COUTURIER G.,

- « Les techniques civilistes et le droit du travail – Chronique d'humeur à partir de quelques idées reçues », D.1975, chron. XXIV, p.151.

CROCQ P.,

- « Droit des sûretés, juillet 2015 – juillet 2016 », D.2016, p.1955.

DALQ R.,

- « L'obligation de minimiser son dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », RDAI n°4-1987, p.363.

DANDOY N.,

- « Le temps de la diligence », *in Le temps et le droit*, *Hommage au Professeur Closset-Marchal,* Bruylant, 2013, p.77.

DELEBECQUE Ph.,

- « La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux », Gaz. pal, 1997, p.1184.
- « L'anéantissement unilatéral du contrat », *in* JAMIN CH., MAZEAUD D. (dir)., *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.61.
- « Les renonciations à recours », *in Mélanges Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 563.
- « Les entreprises et la crise sanitaire : La situation des entreprises de transport maritime », *in* RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, 2021, p.343.

DELEBECQUE Ph., JOURDAIN P., MAZEAUD D.,

- « Responsabilité civile : panorama 2004 », D.2005, p.185.

DELPECH X.,

- « La loyauté et la transparence, les deux piliers d'un droit des plateformes », AJ contrat 2020, p.301
- « Propos introductifs », *in* DELPECH X. (dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, 2021.

DEMOGUE R.,

- « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », RTD Civ., 1907, p.245.

DERAINS Y.,

- « L'obligation de minimiser son dommage dans la jurisprudence arbitrale internationale », RDAI n°4-1987, p.375.

DESDEVISES Y.,

- « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », D.1979, p.21.
- « Équilibre et conciliation dans la réforme des procédures civiles d'exécution », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? - Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p.99.

DESHAYES O.,

- « Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? Une question mal posée », RDC 2014, p.27.

- « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français, » RDC 2010, p.1139.
- « Les sanctions de l'usage déloyal des prérogatives contractuelles », *in Les prérogatives contractuelles*, RDC, 2011, p.726.
- « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? » RDC, 2016, hors-série, p.21.
- « La prorogation des délais en période de covid-19 : quelle boite à outils contractuels ? », AJ Contrat 2020, dossier 210.
- « La prorogation des délais en période de Covid-19 : quels effets sur les contrats ? », D.2020, p.831.

DEVILLE S.,

- « Ordre public matrimonial et clauses relatives aux charges du mariage : la cohérence enfin retrouvée ? », Gaz. pal. 2020, n°28, p.65.

DIDIER P.,

- « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in Mélanges François Terré*, PUF, 1999, p.259.

DISSAUX N.,

- « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », AJ Contrat, 2017, n°1, p.10.
- « Les clauses de modification unilatérale du contrat », AJ Contrat, 2020, n°6, p.260.

DISSAUX N., LOIR R.,

- « Le droit de la franchise, un bateau ivre », D.2022, p.571.

DREYER E.,

- « Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par des tiers », D. 2010, p.2206.

FRANÇOIS J.,

- « Clause de prescription, forclusion conventionnelle et cautionnement », D.2016, p.682.

DE BERSAQUES A.,

- « L'abus de droit en matière contractuelle », RCJB, 1969.

DONDERO B.,

- « La réforme du droit des contrats, ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 », JCP E 2016, n°19, p.1283.
- « Vers la *society-association* », BJS 2012, p.1.

DREYER E.,

- « Présentation de la proposition de loi Avia », Légipresse 2020, p.13.

DUMONT M.-P.,

- « Les conditions de validité d'une clause résolutoire », AJDI 2011, p.362.

DURAND F.,

- « Cessions de créances litigieuses, droit de retrait et procédures collectives », LPA, 2008, n°225, p.6.

ELLAND-GOLDSMITH M.,

- « La mitigation of damages en droit anglais et américain », RDAI n°4-1987, p.347.

ESTOUP P.,

- « Le référé contractuel », *in* P. ESTOUP, G. MARTIN (dir.), *La pratique des procédures rapides : référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées*, Litec, 2 éd., 1998, p.140.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE A.,

- « Le temps et le contrat », *in Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.43.
- « Délai », *in Dictionnaire du contrat*, Les dictionnaires LGDJ, LGDJ, Lextenso, 2018.

FABRE-MAGNAN M.,

- « Le contrat de travail défini par son objet », *in* SUPIOT A. (dir.)*, Le travail en perspectives*, LGDJ, 1998, p.101.
- « Obligation de motivation et droit des contrats », *in Études offertes à Jacques Ghestin - Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p.306.
- « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC, 1er avril 2004, n°2, p.573.
- « La dignité en droit : un axiome », RIEJ, 2007-58, p.1.
- « Nouvel agenda pour la justice en droit des contrats », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019.
- « Et si les droits de l'homme étaient pris en compte dans le contrat ? », RDLF, 2019, chron. n°34.

FAGES B.,

- « Des comportements contractuels à éviter », dr. et patr., mai 1998, p.67-77.
- « L'abus dans les contrats de distribution », cah. dr. entr., 1998, n°6, p.11.
- « Obligation de motivation et droit des contrats, Des motifs de débat », RDC, 2004, n°2, p.563.
- « L'applicabilité du droit commun des contrats au droit des affaires », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, hors-série n°3, 12 juin 2017, p.11.

FAGES B. et MESTRE J.,

- « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations », RTD Com. 1998, p.71.

FAUVARQUE-COSSON B.,

- « L'estoppel en droit anglais », *in* BÉHAR-TOUCHAIS M. (dir.) *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p.3.
- « Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive (1) », RDC 2004, n°3, p.801.

FAVRE-ROCHEX A.,

- « Le silence et l'assureur », Gaz. pal., 19 février 1995, p.5.

FÉLIX J.,

- « L'urgence de réguler les plateformes. L'effet révélateur de la crise. Vers la fin de l'irresponsabilité des hébergeurs ? », *in* RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires,*

instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie, Association Droit et Commerce, LGDJ, 2021, p. 323.

FENOUILLET D.,

- « Les valeurs morales » *in Le nouveau discours contractuel*, RDC, 2016, n°03, p. 589.

FILALI O.,

- « La loyauté dans la lex mercatoria et les principes Unidroit », *in* PETIT F., (dir.), *Droit et loyauté*, Actes du colloque « droit et loyauté », Avignon, 2014 Dalloz, 2015.

FLEURY-LE-GROS P.,

- (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre, 14 et 15 mai 2008, Litec, LexisNexis.

FONTAINE M.,

- « *Obligenheit*, Incombance ? », *in Liber amicorum Hubert Claassens*, Anvers-Louvain- La Neuve, Maklu-Academia, Bruylant, 1998, p.151.
- "Time is of the essence" : refléxions comparatives sur la ponctualité en droit des contrats », *in*. *Le temps et le droit*, Hommage au Professeur Closset-Marchal, Bruylant, 2013, p.223.

FORLEN A., M. BRILLAT, HOFFSTETTER C., KILGUS N.,

- (dir.), *Le droit face à l'urgence*, Actes du colloque, mare & martin, 2015.

FORSIER P.A.,

- « Les incombances en droit positif belge – L'exemple d'une notion à bannir, » *in Liber Amicorum C. Wantiez*, 2015, Larcier, p.565.

FOUGOU S.,

- « La réforme du droit des contrats et les opérations industrielles », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., hors-série n°3, 12 juin 2017, p.49.

FOURMONT A.,

- « L'identité constitutionnelle allemande à l'aune de la décision du 21 juin 2016 », Constitutions 2016, p.414.

FRANÇOIS B.,

- « La prescription extinctive en droit américain et en droit français : différences et convergences », D.2008, p.2538.

FRANÇOIS J.,

- « Clause de prescription, forclusion conventionnelle et cautionnement », D.2016, p.682.

FRICERO N.,

- « Existe-t-il une seconde chance dans la vie des affaires ? Aspects de procédure », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.64.

FRISON-ROCHE M.-A.,

- « Unilatéralité et consentement », *in* JAMIN CH., MAZEAUD D. (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.21.

- « Le contrat est-il l'instrument optimal de la RSE ? », *in* TRÉBULLE F.-G. (dir.), *Les instruments de la RSE : le contrat*, cycle de conférences organisé par la Cour de cassation et les universités Paris-Dauphine, Paris VIII, Paris I, Cour de cassation, 11 mai 2017.

FROSSARD S.,

- « La réaction de l'employeur à la faute du salarié », *in Etudes offertes à J. Pélissier*, p.231.

GAMET L., JUBERT-TOMASSO L.,

- « Controverse : en quelle mesure l'employeur peut-il prendre en compte le statut vaccinal du salarié ? », Rev. dr. du travail, 2021, p.484.

GAREAU P.,

- « Responsabilisation des maîtres d'ouvrage et donneurs d'ordre », AJDI 2014, p.693.

GARELLO P.,

- « Les économistes et le contrat », *in Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p.37.

GAUDEMET A.,

- « Le risque de système », *in* SUPIOT A. (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, Coll. Conférences, Paris, 2018, p.161.

GAUDREAULT-DESBIENS J.-F.,

- « La critique économiste de la tradition romano-germanique », RTD Civ., 2010, p.683.

GAUTIER P.-Y.,

- « Le deuxième arrêt du siècle sur la négligence de l'acheteur évincé », RTD Civ. 1992, p.576.
- « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD Civ. 1995, p.797.
- « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », D.2007, p.2844.
- « Le temps suffisant en droit civil : délais de préavis », *in* P. FLEURY LE-GROS (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du colloque organisé par le groupe de recherche en droit fondamental et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre les 14 et 15 mai 2008, LexisNexis-Litec, 2010, p.53.
- « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », Dr. et patr., oct. 2014, n°240, p.70.
- « La réduction proportionnelle du prix », JCP G, 2015, n°38, p.1621.
- « Le délai butoir, *dies certus* ultime de la garantie des vices cachés », D.2018, p.2154.
- « Les risques de la dématérialisation », JCP E, 2018, n°25, p.47.
- « La prescription sur le billot du contrôle de proportionnalité », D.2019, p.64.

GAUTIER P.-Y. ET STOFFEL-MUNCK PH.,

- « Entre la bonne foi et le respect des clauses, que choisir ? », Droit maritime français, 2009, n°707, p.775.

GÉA F.,

- « Rompre – Réflexion sur la volonté du salarié de rompre son contrat », *in* SACHS T., *La volonté du salarié*, Dalloz, 2012, p.133.

GENICON T.,

- « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », RDC, 2010, p.44.
- « Aménagement conventionnel de la liberté de résiliation : l'exclusion d'un préavis et de toute indemnité est-elle possible ? », RDC, 2011, n°3, p.832.
- « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », Dr. et patr., n°240, oct. 2014, p.64.

GHESTIN J.,

- « L'abus dans les contrats, », Gaz. pal., 20 aout 1981, p.379.
- « L'utile et le juste dans les contrats », APD, t.26, 1981, p.35.
- « L'exception d'inexécution », *Rapport français, in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* séminaire franco-belge, Bruylant LGDJ, 2001, p.3.
- « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *in Mélanges Guyon*, éd. Dalloz, 2003, p.418.

GHLSHANI, S., BORDÈS D., CICHOSTEPSKI B., RAMBAUD-MARTEL O,

- « Les délais de paiement : un instrument au service de la conciliation », Rev. Sociétés, 2009, p.11.

GRANCHET A.,

- « Réseaux sociaux, médias en ligne et partage de contenus : le temps de la responsabilité de la régulation », Légipresse 2020, p.93.

GRANDJEAN J.-P.,

- « Un champ nouveau pour la technique contractuelle », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gaz. Pal., hors-série n°3, 12 juin 2017, p.17.

GRÉAU F.,

- « Le droit français peut-il faire une place au devoir de minimiser son dommage ? », *in Les devoirs en droit*, Fondation Varenne, 2017.

GRIMALDI C.,

- « Quelle jurisprudence demain pour l'épidémie de Covid-19 en droit des contrats ? », D.2020, p.827.
- « La distinction entre *champ d'application* et *conditions de mise en œuvre* d'une norme », D.2021, p.2099.

GROSSI I.,

- « Les loyers commerciaux : affrontement ou convergence d'intérêts ? », in RINGLÉ M. (dir.), *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, 2021, p.145.

GUIGET-SCHIELÉ Q.,

- « L'incompatibilité des sanctions de droit commun de l'inexécution contractuelle », RTD Civ. 2021, p.797.

GUILLARD J.-C.,

- « La prise en compte de l'évolution des circonstances économiques en droit du travail : réactivité, adaptation et sécurité », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, 19 juin 2019, Hors-série n°3, p. 25.
- « Obligation de sécurité et risque sanitaire à l'automne 2020 », *in* RINGLÉ M., *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p. 311.

GUINCHARD S.,

- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in. Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion, Dalloz, 2000, p.1135-1211.

GURVITCH G.,

- « Structures sociales et multiplicité du temps », Cahiers de l'institut de science économique appliquée, mars 1960, p.37-53.
- « La multiplicité des temps sociaux », *in La vocation actuelle de la sociologie*, tome 2, Antécédents et perspectives, PUF, 1963, p.325-430.

HANNOUN C., SCHILLER S.,

- « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ?», Rev. Trav. 2014, p.441.

HANOTIAU B.,

- « Régime juridique et partie de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », RDAI n°4-1987, p.375.

HAUSER J.,

- « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », *in Religion, société, politique, Mélanges en l'honneur de J. Ellul*, PUF, 1983, p.503.

HÉBRAUD P.,

- « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *in Études offertes à P. Kayser*, T. II, PUAM, 1979, p.1.

HEINICH J.,

- « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC, 2018, n°03, p.521.
- « Le devoir d'anticipation du dirigeant », Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, LGDJ, Lextenso, 2019, p.523.
- « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires de la force majeure à l'imprévision », D.2020, p.611.

HERVIO-LELONG A.,

- « Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée », D.2002, p.2069.

HOUTCIEFF D.,

- « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », JCP G, 2009, p.463.
- « L'étendue des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC, 2018, n°93, p.505.
- « La réactivité en droit contemporain des contrats : des réactions unilatérales au smart contract », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.9.
- « Le principe de cohérence : vingt ans après », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, Lextenso, 2019, p.533 et suivants
- « Les plateformes au défi des qualifications », *in L'émergence d'un droit des plateformes* (dir. DELPECH X.), Dalloz, 2021.

HUBER S.,

- « L'accélération de la procédure par uniformisation, simplification, standardisation et accentuation de l'autonomie des parties : une perspective européenne », *in*. *Le temps et le droit,* Hommage au Professeur Closset-Marchal, Bruylant, 2013, p.335.

JABBOUR R.,

- « Le devoir dans le contrat : une qualification pour la bonne foi ? », *in* BENISTY S., *Les devoirs en droit*, Institut universitaire Varenne, 2017.

JAMIN CH., MAZEAUD D.,

- (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Paris, 2003.

JAMIN CH.,

- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence, » *in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p.71 et s.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Le contrat au début du XXIème siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001.
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004, p.160.
- « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », *in Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p.183.
- « Notations sur un solidarisme contractuel », *in Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 440.

JAOUEN M.,

- « Déchéance », *in Dictionnaire du contrat*, LGDJ, Lextenso, 2018.

JARVIN S.,

- « L'obligation de coopérer de bonne foi, exemples d'application au plan de l'arbitrage international », *in L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publications de la CCI, 1986, p.168

JARROSSON Ch.,

- « L'expertise équitable », *in Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010.

JEAMMAUD A.,

- « La règle de droit comme modèle », D.1990, p.199
- « Les règles juridiques et l'action », D.1993, p.207.
- « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* CLAM J. et MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p.47.

JESTAZ PH.,

- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in Mélanges P. Raynaud, 1985, p.273.
- « Rapport de synthèse », in L'unilatéralisme et le droit des obligations (dir : Ch. Jamin et D. Mazeaud), Economica, 2010, p.173.

JEULAND E.,

- « Les actions interrogatoires en question », JCP 2016, n°737.

JEULAND E., CHARBONNEAU C.,

- « Réalité des délais de forclusion (ou préfix), Rapport français », *in La prescription extinctive, études de droit comparé,* Coll. Bibliothèque de de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruylant, 2011.

JOSSERAND L.,

- « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques », Études Henri Capitant, Dalloz, 1939, p.360 et s.

JOURDAIN P.,

- « Le fondement de l'obligation de sécurité », Gaz. pal., 1997, p.1196.
- « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ? » RTD Civ. 2012, p.324.

JOURDAN-MARQUES J.,

- *« Prescription extinctive, Faut-il abroger l'article 2243 du Code civil ? »*, Procédures n°7, juillet 2016, étude 7.

JULIEN F.,

- « Incidences de la réforme du droit des contrats sur les opérations de financement », in. *Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, hors-série n°3, 12 juin 2017, p.53.

KHAIRALLAH G.,

- « Le « raisonnable » en droit privé français – Développements récents », RTD civ. 1984, p.445.

KING B. E.,

- "Prescription of Claims in International", 15, Brit., Y.B., Int'l L.82, 1934.

KLEIN J.,

- « La loyauté en droit des contrats », in. Revue Justice & Cassation, *La loyauté*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p.77
- « Le rythme juridique du temps », *in*. *Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.73 et s.

- « Repenser le contrat à l'ère du numérique », Revue des juristes de Sciences Po, n°17, p.68-75
- « Les mécanismes contractuels visant à neutraliser les effets de la crise sanitaire », JCP E, n°2, 2021, p.33.

LAGARDE X.,

- « La motivation des actes juridiques », *in La motivation,* Travaux de l'Association Henri Capitant*,* LGDJ, 2000.
- « La procéduralisation du droit privé », *in Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PU Rouen, 2004, n°16, p.156.
- LAGARDE X., « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », D.2017, p.715.
- LAGARDE X., « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », Recueil Dalloz 2018.469.

LAGELÉE HEYMANN M.,

- « Le silence dans les contes de fées », *in Analyse juridique des contes de fées*, dir. RANOUIL M. et DISSAUX N., Dalloz, 2018.

LAITHIER Y.-M.,

- « Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport « *Limitation of Actions* » de la *Law Commission* anglaise », D.2008, p.2538.
- « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? Refléxions comparatives », D.2014, p.33.
- « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », JCP G 2015, suppl. au n°21, p.47, spéc. n°3.
- « Incombance », in. *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

LAMAZEROLLES E.,

- « Pour une redéfinition des obligations et devoirs de l'acheteur sur le modèle du droit de la vente internationale », *in* GANTSCHNIG D., KASSOUL H. (dir), *L'offre de réforme des contrats spéciaux*, Dalloz, 2021, p.135 et s.

LARDEUX G.

- (*dir.*), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.
- LARDEUX G., « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat ». LARDEUX G. (*dir.*), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p.7.
- « Le contrôle de proportionnalité des sanctions en matière contractuelle », JCP G n°18, mai 2021, doctr. 502.

LAROCHE M.,

- « Reconnaitre de très larges pouvoirs au juge : le juge peut-il considérer les comportements du responsable et de la victime (dommages-intérêts punitifs, minimisation du dommage) ? », RJ Com, 2013, p.296.
- « La passivité, source de responsabilités et de déchéances en droit des affaires », in. *Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.38.
- « Droit et bienveillance », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p.597.

- « Introduction : Les sociétés face à la crise », *in* RINGLÉ M., *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p.247.

LARROUMET C.,

- « Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français » ; Gaz. Pal., 2008, doctr, p.5.

LAUDE A.,

- « L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? », LPA, 20 novembre 2002, p.55.

LATINA M.,

- « Les mesures du temps », *in*. *Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.87.

LECUYER H.,

- « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », LPA 30/09/98 n°117, numéro spécial : Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? p.31 et s.
- « Le contrat, acte de prévision », *in L'avenir du droit – Mélanges en l'honneur de François Terré,* Dalloz, 1999, p.643.

LEQUETTE S.,

- « La notion de contrat, réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », RTD Civ., 2018, p.541.
- « La résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », Revue de droit des affaires d'Assas, 2003, n°1, p.149.

LEQUETTE Y.,

- « Bilan des solidarismes contractuels », *in Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p.247.

LEROUGE L.,

- « Les risques psychosociaux au travail reconnus par le droit : le couple dignité-santé », in. LEROUGE L. (dir.) *Risques psychosociaux au travail, Approche juridique comparée : France, Europe, Canada, Japon*, Dalloz, 2014, p.9.
- « Les « risques psychosociaux » en droit : retour sur un terme controversé », Droit social 2014, p.152.

LE TOURNEAU PH.,

- « Les professionnels ont-ils du cœur ? », D.1990, p.21.
- « Les obligations professionnelles », *in Mélanges Louis Boyer*, PU soc. Toulouse, p.365.

LEVENEUR L.,

- « La faculté d'aménagement de la prescription civile », *in* CASSON PH., PIERRE PH., (dir.), *La réforme de la prescription civile*, Dalloz, 2010, p.65.

LIBCHABER R.,

- « Demeure et mise en demeure en droit français, Rapport français », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, séminaire franco-belge, Bruylant LGDJ, 2001, p.113.

- « Les transformations dans les sources du droit », RDA, numéro spécial, fév. 2015, p.7.
- « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », D.2020, p.1185.

LICARI S.,

- « Pour la reconnaissance de la notion d'incombance, RRJ 2002, n°2, p.703.

LOISEAU G.,

- « La déconnexion, Observations sur la régulation du travail dans le nouvel espace-temps des entreprises connectées », Droit social 2017, p.463.

LOKIEC P.,

- « La décision et le droit privé », D.2008, p.2293.
- « La mise en œuvre des clauses contractuelles, l'exemple de la clause de mobilité dans le contrat de travail », D.2009, p.1427.

LOKIEC P., ROCHEFELD J.,

- « Nouvelle surveillance, nouvelle subordination ? », *in Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018.

LOQUIN E.,

- « La réalité des usages du commerce international », Rev. Int dr. Comp., 1989, n°2, pp. 163-195.
- « Le temps dans l'arbitrage », *in Le temps et le droit*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées nationales, Dijon, tome XVIII, Dalloz, 2014, p.5 et suivant.

LUXEMBOURG F.,

- « Les incombances du créancier », *in Le paiement*, 2014, l'Harmattan, p.143.

LYON-CAEN G.,

- « De l'évolution de la notion de bonne foi », RTD Civ., 1946., p.83.
- « L'obligation implicite », APD, T.44, 2000, p.109.

MAGENDIE J.-C.,

- « Loyauté, dialogue, célérité » *in Justices et droit du procès*, *Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p.329

MALAURIE Ph.,

- « Le droit et l'exigence de dignité », Études, 2003, t.398, p.619.
- « L'homme, le temps et le droit – La prescription civile », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p.393.
- « Rapport de synthèse », *in Le temps et le droit*, FLEURY-LE-GROS P. (DIR.), Actes du colloque organisé par le Groupe de recherche en droit fondamental, international et comparé (GREDFIC) à la faculté des affaires internationales du Havre, 14 et 15 mai 2008, Litec, LexisNexis, p. 107 et s.
- « La réforme de la prescription civile », JCP G., n°15, 8 avril 2009, I, 134.

MALINVAUD Ph.,

- « Le bref délai de l'article 1648 du code civil est désormais de deux ans », note sous ord. n°2005-136 du 17 février 2005, RDI 2005, p.228.

MALLET-POUJOL N.,

- « Internet et la responsabilité du fournisseur d'hébergement », D.1999, p.389.

MANGEMATIN C.,

- « L'action interrogatoire en matière de pacte de préférence : une incombance ? », Dr. et patr. Sept. 2016, p.38.

MARAUD O.,

- « Le nouveau rôle des parties prenantes : les dirigeants », JCP E, n°49, 9 décembre 2021, p.1531.

MARTIAL-BRAZ N.,

- « L'ambivalence du silence en droit des contrats », in. MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (*dir.)*, *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.9.

MATHIEU C.,

- « L'ambivalence du silence en droit du travail », in. MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (*dir.)*, *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.49.

MAURY F.,

- « Entreprise versus Covid-19 : adaptation et transformation du travail », JCP E, n°21-22, mai 2022, p.1197.

MAXIMIN N.,

- « Transposition de la directive Droit d'auteur et droits voisins dans le marché unique du numérique », Dalloz Act., mai 2021.

MAYAUX L.,

- « Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances », RGDA avr. 2003, p. 269.
- « Imprévisibilité et assurance : d'un code à l'autre », RGDA, 01/02/2017, n°02, p.87.

MAYER L.,

- « Défense des "actions interrogatoires" introduites par la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal., 2016, n°42, p.47.

MAZEAUD H.,

- « Essai de classification des obligations. Obligations contractuelles et extracontractuelles ; « obligation déterminée » et « obligation générale de prudence et diligence », RTD Civ. 1936, p.1

MAZEAUD D.,

- « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, LPA 30/09/98 n°117, numéro spécial : *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé* ? p.12 et s.
- « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in* JAMIN CH., MAZEAUD D. (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D.2005, p.1828.
- « Les enjeux de la notion de prérogative contractuelle », RDC 2011, p.690.
- « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? » *in Mélanges François Collart Dutilleul*, 2017.
- « Clause de prescription », *in Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

- « Devoir de bonne foi et coopération », *in Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.
- MAZEAUD D., « L'efficacité économique en droit des obligations », *in* BOLLÉE S., LAITHIER Y.-M. et PÉRÈS C. (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, Études juridiques, 2010, p. 71 et s.

MAZEAUD V.,

- « La responsabilité pour insuffisance d'actif », Revue des procédures collectives, janv. 2020, n°1, p.50.

MEKKI M.,

- « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *in* CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., (dir.), La *contractualisation de la production normative*, Actes du colloque, Centre René Demogue, Lille, 2007, p.228.
- « Libéralisme et solidarisme : quelle philosophie du contrat pour sortir de la crise ? », RDC, 2010, n°1, p.383.
- « Contrat et devoir de vigilance », in *Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'Homme*, RLDA, numéro spécial, 2015, p.8.
- « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015, p.816.
- « L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D.2016, p.494.
- « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », Gaz. pal., 14 juin 2016, p.17.
- « Droit des contrats », D.2017, p.375.
- « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », Gaz. pal., 2 mai 2017, p.12-15
- MEKKI M., « Le contrat : entre liberté et solidarité », *in Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, Coll. Conférences, Paris, 2018, p.93.

MÉNARD B.,

- « Le contrôle de proportionnalité : vers une deuxième vie de la théorie de l'abus de droit ? », D.2022, p.1.

MESTRE J.,

- « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *in Mélanges Raynaud*, 1985, p.627.
- « L'évolution du contrat en droit privé français », *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985, PUF, 1985.
- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD Civ., 1986, p.101.
- « Rapport introductif », *in Le temps et le contrat,* RDC 2004, n°1, p.5.
- « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC, n°58, 2009, p.7.

- « Rapport de synthèse », *in* LARDEUX G. (*dir.*), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, p.89.
- « Regard sur l'exigence juridique de cohérence », RJ com., mai-juin 2011, p.221.
- « Un contractant a-t-il encore le droit d'adopter des comportements innovants ? », *in Droit et innovation, Pour une interaction positive,* PUAM, 2013, p.347.
- « Rapport introductif », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.5.
- « Conclusion : les masques ouvrent les yeux », *in* RINGLÉ M., *Le droit des affaires, instrument de gestion et de sortie de crise, Les entreprises à l'épreuve de la pandémie,* Association Droit et Commerce, LGDJ, Lextenso, 2021, p.443.

MOLFESSIS N.,

- « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé,* LPA, dossier spécial, p.21.
- « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », RTD Civ. 2000, p.666.
- « Une justice trop bruyante » JCP G, n°43-44, oct. 2021, p.1118.

MOREAU M.-A.,

- « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiale », Droit social 2017, p.792.

MOREL-MAROGER J.,

- « Le silence coupable du banquier », *in* MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.215.

MORVAN P.,

- « La mode des risques psychosociaux », Droit social 2013, p.965.

MUIR-WATT H.,

- « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *in L'internationalisation du droit, Mélanges Y. Loussouarn*, 1994, Dalloz, p.303.
- « La modération des dommages en droit anglo-américain », LPA, 20 novembre 2002, n°232, p.45.
- « Analyse économique et perspective solidariste », *in La nouvelle crise du contrat*, CH. JAMIN ET D. MAZEAUD (DIR.), Dalloz, 2003, p.183.
- « Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinational en droit international public et privé », TCFDIP, vol. 2010-2012, p.242.

NEWMAN R. A.,

- « La nature de l'équité en droit civil », RIDC, 1964, p.289.

NOBLOT C.,

- « La clause enfermant l'exercice d'un droit dans un délai à peine de forclusion », CCC, n°1, janv. 2020, form. 1.

NORMAND J.,

- « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in. Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, p.430.

NOURRISAT C.,

- « Observations sur la réforme du droit des obligations à la lumière de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises », AJ Contrat, 2019, p.24.

OST F.,

- « Temps et contrats, critique du pacte faustien », Annales de droit de Louvain, 1999, p.17-44.

OPPETIT B.,

- « L'adaptation des contrats internationaux au changements de circonstances : la clause de hardship », JDI 1974, p.794.
- « Droit et économie », APD, T.37, Droit et économie, Sirey, 1992, p.17.

ORTSCHEIDT J.,

- « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'arbitrage », Revue Justice & Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p.85

OSMAN F.,

- « L'ambivalence du silence en droit international privé et dans la *lex mercatoria »*, *in* MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir*)*, *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.63.

PAILLER P.,

- « Le silence coupable en droit des marchés financiers *»*, *in*. MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (*dir.)*, *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.231.

PANCRAZI M.-E.,

- « Existe-t-il une seconde chance dans la vie des affaires ? Aspects de fond », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.59.

PARANCE B.,

- « Réactivité et adaptation au cœur des exigences de la compliance », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gazette du Palais, 19 juin 2019, Hors-série n°3, p.46.
- *«* Les métamorphoses de la RSE », *in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p.765.

PINNA A.,

- « L'exception pour risque d'inexécution », RTD Civ. 2003, p.31.

PELLIER J.-D.,

- « L'unité des sanctions civiles relatives au TEG », D.2020, p.1441.

PERINET-MARQUET H.,

- « La responsabilité du maître d'ouvrage dans la préparation et la conclusion du marché », RDI 2002, p.451.

PÉRÈS C.,

- « La morale et le droit patrimonial », *in* FENOUILLET D., BUREAU D., FRANCE D. (dir.) *Droit et morale*, Dalloz, 2011, p.161.

- « Liberté contractuelle », *in Dictionnaire du contrat*, p.715.

PERIER M.,

- « L'éloge du silence », Gaz. pal., 17 aout 2010, n°229, p.13.

PERROT R.,

- « Le silence en droit judiciaire privé », in. Mélanges Raynaud, 1985, p.627.

PETIT F.,

- (dir.) « Droit et loyauté », *in Actes du colloque « droit et loyauté* », Avignon, 2014 Dalloz, 2015.

PESKINE E.,

- « De la solidarité à la vigilance », *in Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, Coll. Conférences, Paris, 2018, p.37.

PICOD Y.,

- « La clause résolutoire et la règle morale », JCP G, 1990, p.3447.
- « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *in. Mélanges Philippe Siml*er, Litec-Dalloz, Paris, 2006, p.395.
- « Bonne foi et droit de la consommation », *in Mélanges D. Tricot*, Dalloz, 2011, p.121.

PIMONT S.,

- « Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage », RLDC 2004, p.15.

PIGNARRE G.,

- « Corps du travail et contrat de travail, repenser les figures de la prestation de travail en relisant Simone Weil », RDC 2015, n°112r6, p.974.

POLLMANN C.,

- « Accumulation, accélération et individualisme juridique », Droit, société et politique dans l'emballement du monde, Mélanges Michel Miaille, 2008, vol. I, p.369 à 442.

POULLAUD-DULIAN F.,

- « Téléversement et responsabilité des prestataires de services de l'Internet : encore et toujours l'article 17 de la directive n°2019/790 », RTD Com., 2021, p.77.

POUSSON A.,

- « Le non-exercice fautif d'un droit subjectif », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p.563.

PUTMAN E.,

- « Le temps et le droit », Dr. et patr., n°78, janvier 2000, p.43.

PRAT S.,

- « L'enjeu : l'efficacité des opérations économiques : La bonne foi et l'obligation d'information précontractuelle appliquées à la pratique des affaires : vices et vertus de la réforme », *in Un Nouveau droit des contrats au service du droit des affaires*, 42e Colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., hors-série n°3, 12 juin 2017, p.43

RADÉ C.,

- « L'ordre public social et la renonciation », Dr. soc. 2002, p.931.

RANIERI F.,

- « Le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ou du venire contra factum proprium dans les droits allemands et suisse et sa diffusion en Europe », *in* M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p.25 et suivants.

RAY J.-E.,

- « Grande accélération et droit à la déconnexion », Droit social 2016, p.912.

RAYNAUD P.,

- « La renonciation à un droit », RTD Civ.,1936, p.763.

REIFEGERSTE S.,

- « Obligation de minimiser le dommage et « raisonnable » en droit du commerce international », RDAI 2004, p.181

REVET TH.,

- « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D.2015, p.1217.
- « Rapport de synthèse », *in Le nouveau discours contractuel*, RDC 2016, n°03, p.627.

RIGAUX F.,

- « Le droit entre espace et temps », *in Le temps et le droit, Hommage au Professeur Closset-Marchal,* Bruylant, 2013, p.521.

RIPERT G.,

- « Abus ou relativité des droits », Rev. Critique de législation et de jurisprudence, 1929, t.49., p.62.

ROCHFELD J.,

- « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *in Le contrat au début du XXIe siècle, études J. Ghestin*, LGDJ, 2011, p.747.
- « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC, 1er janv. 2004, n°1, p.47.
- « Pouvoirs unilatéraux et potestativité », *in Dictionnaire du contrat*, LGDJ, n°202, p.846.

RODA J.-C.,

- « La réforme des contrats, la bonne foi et le droit anglais », RLDC, n°141, 2016.

ROLAND H., BOYER L.,

- « A propos du défaut de diligence », in. Etudes offertes à J. Vincent, Dalloz, 1981, p.9.

ROUBIER P.,

- « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », APD, T.3, 1957, p.1.
- « Les prérogatives juridiques », APD, 1960, p.74.

ROUVIÈRE F.,

- « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA, 31 juillet 2009, p.7.
- « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », in. *Le nouveau discours contractuel,* RDC n°03, p.600.
- « La nature juridique du délai butoir », RTD Civ. 2019, p.219.

RUDDEN B.,

- « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements », RTD Civ. 1985, p.91.

SALLÉ DE LA MARRNIERE E.-S.,

- « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTD Civ. 1933, p.1043.

SALEILLES R.,

- « Le Code civil et la Méthode historique », *in. Livre du centenaire du Code civil, 1804-1904*, n°17, t.I, p.110.

SAUTEL O.,

- « Sur la déchéance en droit privé. Contribution à la théorie de la permanence de la cause », D. 1999, p.487.

SAVATIER J.,

- « Amnistie des sanctions disciplinaires. Incidence sur l'appréciation du harcèlement moral résultant de sanctions répétitives », Dr. soc., 2007, p.653.

SAVATIER R.,

- « Vers la socialisation des risques et de la responsabilité », DH, 1931, chron. p. 9 et s.
- « Le droit et l'accélération de l'Histoire », D.1951, p. 32.

SEILAN Y.,

- « L'acte abdicatif », RTD Civ. 1966, p.681.

SÉNÉCHAL J., STALLA-BOURDILLON S.

- (*dir.*), *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles* ? IRJS éditions, 2018.

SKRZYPNIAK H.,

- « La clause de tolérance », D.2016, p.218.

SOURIOUX J.-L.,

- « Introduction au cours de droit des obligations », *in Par le droit, au-delà du droit*, LexisNexis, 2011, p.272.

STOFFEL-MUNCK PH.,

- « Abus d'un droit contractuel : les critères du refus abusif d'agrément », RDC 2003, n°1, p.50.
- « Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du Code civil n'est plus d'ordre public », RDC 2003, n°3, p.155.
- « Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale », in Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, Dossier, Dr. et pat. 2004, n°126, p.55.
- « Quel régime de responsabilité pour les plates-formes de commerce électronique du Web 2.0 ? », CCC, 2008, n°1, p36.
- « La prescription extinctive : le rôle de la volonté et du comportement des parties, Rapport français », *in La prescription extinctives, études dr droit comparé* (dir. P. Jourdain et P. Wery, Schulthess et Bruylant, 2010, p.384.
- « Les répliques contractuelles », RDC 2010, n°1, p.430.
- « La résolution par notification : questions en suspens », Dr. et patr., 2014, n°240, p.67.

- « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », RDC 2016, hors-série, p.38.

STRICKLER Y.,

- « La loyauté processuelle », *in Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008.

SUMEIRE PH.,

- « Peut-on préserver contractuellement l'avenir ? », *in Réactivité et adaptation dans la vie des affaires*, 44e colloque de l'association droit et commerce, Gaz. pal., 19 juin 2019, Hors-série n°3.

SIBONY A.-L., HELLERINGER G., ALEMANNO A.,

- *Brève introduction à l'analyse comportementale du droit*, D.2016, p.911.
- « L'analyse comportementale du droit, Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », Revue internationale de droit économique, vol. t. xxx, n°3, 2016.

TALLON D.,

- « L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif », Droits, n°12, 1990, p.87.
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD Civ., 1994, n°29, p.232.

TAP J.-B.,

- « Les clauses de conciliations et de médiation face aux conflits sociétaires, » Revue des sociétés, nov. 2017, n°11, p.62.
- « Le devoir de vigilance, un nouvel horizon », RJ Com., 2018, n°1.

TERRÉ F.,

- « Esquisse d'une sociologique juridique de la commercialité », *in Études dédiées à René Roblot, Aspects contractuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif*, LGDJ, 1984.
- « Temps sociologiques et temps juridiques », *in* Annales de la faculté de droit d'Istanbul, XXX, n°40, 1996, p.160 et s.
- « La proportionnalité comme principe ? », JCP G, 2009, I, p.31.

TEYSSIÉ B.,

- « Le plan de vigilance. Trois années d'application », D.2021, p.1823.

THALER R. H., TVERSKY A., KAHNEMAN D., SCHWARTZ A.,

- « The effect of myopia and loss aversion on risk taking: an experimental test », Quarterly Journal of Economics, vol.112, n°2, p.647-661.

THIBIERGE-GUELFUCCI C.,

- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ., 1997, p.357.

TRÉBULLE F.-G.,

- « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », BJS 2007, p.1337.

TRÉBULLE F.-G., UZAN O.,

- (dir.) *Responsabilité sociale des entreprises*, Regards croisés Droit et Gestion, Economica, 2011.

TRESCASES A.,

- « Les délais préfix », P.A., n°22, 30 janvier 2008, n°6.

TUNC A.,

- « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », JCP, 1945, I, p.449.

URBAN Q.,

- « La réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil par la loi PACTE, beaucoup de bruit pour rien ? » *in Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz, 2021, P.773.

URSEL L.,

- « L'analyse économique du droit des contrats », *in* Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1985/1 (vol. 14), p.45.

VABRES R.,

- « Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier », JCP G 2012, I, p.1052.

VAN COMPERNOLLE J.,

- « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », *in Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p.414.

VASSEUR M.,

- « Urgence et droit civil », RTD Civ. 1954, p.405.

VIDAL-NAQUET A.,

- « Avant-propos », *in Le provisoire en droit public,* Dalloz, 2009, p. IX.

VIGNAUD M.,

- « La rançon du succès ou la surprenante dégénérescence de la marque *Fooding* », D.2008, p.898.

VILLEY M.,

- « Critique de l'utilitarisme juridique », RRJ, 1981, p.166.

VINEY G.,

- « Rapport de synthèse », in. *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?* LPA 20 novembre 1997, p.918.

VINUALES E., J.,

- « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », *in Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, Paris, 2018, p.19.

WEILLER L.,

- « Retour sur la force obligatoire du règlement d'arbitrage », Procédures n°10, octobre 2014, comm. 269.

WICKER G.,

- « La légitimité de l'intérêt à agir », *in. Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2007, p.455 et s., spéc. n°29.

WILLMANN CH.,

- « Pathologies psychiques : le tableau sombre des maladies professionnelles », Droit social 2020, p.995.

WINIARSKI L.,

- « Le principe du moindre effort comme base de la science sociale », Revue Philosophique de la France et de l'Étranger », T.55 (janvier à juin), PUF, 1903, p.278.
- « Le principe du moindre effort comme base de la science sociale, Revue Philosophique de la France et de l'Étranger (suite et fin) », T.55 (janvier à juin), PUF, 1903, p.373.

WITZ C.,

- « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », LPA, nov. 2002, p.50.

ZENATI F.,

- « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD Civ. 1996, p.339

ZOLYNSKI C.,

- *L'ambivalence du silence révélée par le droit de la consommation*, *in* MARTIAL-BRAZ N., TERRYN F. (dir.), *Le silence saisi par le droit privé*, Actes de colloque, bibliothèque de l'IRJS André Tunc, tome 54, IRJS éditions, p.21.

V. : NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ABRAVANEL-JOLLY S.,

- Note sous Cass. civ. 2e, 12 mai 2010 n°09-66. 437, « Assurances en général », RGDA, juillet 2010, n°2010-03, p.691.

ASSELIN M.,

- Note sous Cass. civ. 2e, 8 décembre 2016, n°15-19685, « Nouvelle extension de l'obligation d'information relative à la prescription », RGDA, février 2017, n°02, p.116.

BALAT N.,

- Note sous Cass. com., 26 janvier 2016, n°14-23.285, « Validité des clauses de forclusion », JCP E, n°16-17, 21 avril 2016, 1243.

BARBIER H.,

- Note sous Cass.com. 15 octobre 2013, n°12-21.704, à paraître au bulletin ; « Stratégie contractuelle : comment limiter son obligation dans le temps ? Essai de "clause shopping" », RTD Civ., 2014, p.120.
- Note sous Cass. com., 3 février 2015, Bull. civ. 2015, I, n°72, « Protection du contractant : quand le droit commun n'est pas chassé par le droit spécial, bien au contraire ! », RTD Civ., 2015, p.373.
- Note sous Cass. com., 26 janvier 2016, n°14-23.285, « Lorsqu'une stipulation, qualifiée de clause de forclusion, déjoue les mécanismes interruptifs de prescription, RTD Civ., 2016.368.
- Note sous Paris 12 avril 2016, n°14/14884, Sté J.&P. Avax c. Sté Tecnimont SpA et Civ. 3e, 13 juillet 2016, n°14-26.958, « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », RTD Civ., p.856.
- Note sous Cass. com., 8 novembre 2016, n°14-29.723 et 2 novembre 2016, n°14-29.723, « La mauvaise foi du créancier n'autorise pas le juge à porter atteinte à la substance de ses droits aussi bien contractuels que légaux », RTD Civ. 2017, p.133.
- Note sous Cass. com., 17 mai 2017, n°15-21.260 ; Cass. civ. 2e, 18 mai 2017, n°16-17.754 ; Cass. com., 4 mai 2017, n°15-22.830, « Pour une approche unitaire du point de départ de la prescription des actions pour manquement aux devoirs d'information, mise en garde et conseil », RTD Civ. 2017, p.685.
- Note sous Cass. civ. 3e, 26 janvier 2017, n°15-27.580, RTD Civ. 2017 p.372, « De la légitimité douteuse de l'adage specialia generalibus derogant pour articuler les droits spéciaux entre eux », RTD Civ. 2017 p.372.
- Note sous Cass. Civ. 3e, 1er février 2017, n°16-18.724, « De quelques effets, inattendus et absolutistes, de l'ordre public », RTD Civ. 2018, p.647.
- Note sous Cass. civ. 3e, 27 avril 2017, n°16-13.625, « De la vaine invocation de la clause résolutoire « de plein droit » par le débiteur défaillant ! », RTD Civ. 2017, p.854.

- Note sous Cass. com., 9 mai 2018, n°17-14.567, à paraître au Bulletin, « Agir en prescription d'une dette n'est pas reconnaître implicitement son existence », RTD Civ. 2018 p.673
- Note sous Cass. civ. 3e, 21 juin 2018, n°17-15.897, à paraitre au Bulletin, et Cass. civ. 3e, 12 avril 2018, n°17-26.906, inédit, « Un parfum de devoir du créancier de modérer son dommage », RTD Civ. 2018, p.900.
- Note sous Com. 6 février 2019, n°17-20.112, « L'abus de droit par abstention : vers un devoir d'exercer son droit », RTD Civ. 2019, p.236.
- Note sous Cass. Civ. 3e, 14 février 2019, n°17-31.665, à paraitre au bulletin, « Vers un principe de cumul des sanctions légales et contractuelles de l'inexécution du contrat », RTD Civ. 2019, p.330.
- Note sous Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22.083 ; Cass. com., 19 juin 2019, n°17-29.000, inédit ; Cass. com. 7 mai 2019, n°17-17.366, inédit, « De la place de la bonne foi en général et dans les relations de distribution en particulier », RTD Civ. 2019, p.570.
- Note sous Cass. com., 19 juin 2019, n°17-26.635, « Une clause de déchéance n'est pas une prérogative contractuelle mais relève de la substance des droits et obligations du contrat », RTD Civ., 2019, p.577.
- Note sous Cass. com., 25 mars 2020, n°18-20.079 ; Cass. civ. 3e, 26 mars 2020, n°19-12.811 ; Cass. civ. 1ère, 4 mars 2020, n°18-22.019, « La renonciation à un droit : souvent invoquée, rarement retenue », RTD Civ., 2020, p.617.
- Note sous Paris, 14 janvier 2020, n°18/16858, « Où le trop court délai de mise en œuvre d'une garantie est rendu inopposable à son bénéficiaire », RTD Civ. 2020, p.619.
- Note sous Cass. civ. 1ère, 20 janvier 2021, n°18-24.297, Cass. civ. 1ère, 1er juillet 2020, n°18-26.352, « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », RTD Civ. 2021, p.394.
- Note sous Cass. Com., 25 janvier 2022, n°20-16.782, « L'article 1171 du code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives », RTD Civ. 2022, p.124.

BARBIÉRI J.-F.,

- Note sous : Cass. com., 30 mars 2022, n°20-16168, « Révocation doublement conflictuelle du président et membre d'un directoire », BJS 2022, n°2, p.23.

BAUGARD D.,

- Note, sous Cass. soc., 30 novembre 2017, n°16-14.541 « Obligation de loyauté du salarié et création subreptice d'une société concurrente », BJS, 01/02/2018, n°02, p.81.

BEIGNER B., BEN HADJ YAHIA S.,

- Note sous Cass. civ. 2e, n°19-13.347, « La clause de déchéance de garantie pour déclaration tardive du sinistre : vigilance de la Cour de cassation », D.2021, p.892.

BEYNEIX I.,

- Note sous Cass. com. 6 février 2019, n°17-20.112, « De l'exercice abusif de l'agrément lors d'une cession de parts sociales au sein d'une SNC », Rev. sociétés, 2019, p.326.

BERLAUD C.,

- Note sous Cass. Civ. 3e, 1 décembre 2010, n°09-16516, Gaz. Pal., 2010, n°350, p.25.
- Note sous Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 2018, n°16-18349, Gaz. Pal., n°2, 2019, p.31.

BLOCH C.,

- Note sous Cass. Com., 13 décembre 2016, n°14-20804, F-D « L'effet boomerang de la liberty clause », Le droit maritime français, n°789, 03/2017, p.228.

BORGA N.

- Note sous Cass. com., 26 janvier 2016, n°14-23.285, « Absence d'effet de la déclaration de créance sur un délai de forclusion conventionnel », BJE n°02, 2016, p.115.

BOUBLI B.,

- Note sous Cass. civ. 3e, 13 juillet 2017, n°16-15.540, « Le coordonnateur OPC répond de ses carences *in solidum* avec le maître d'œuvre », RDI 2017, p.533.

BROS S.,

- Note sous Cass. civ. 2e, n°19-13347, « Déclaration tardive de sinistre : la curieuse sanction d'une clause imposant un délai inférieur au délai minimum légal », RGDA, 2021, n°2, p.20.

BULLETIN DES TRANSPORTS ET DE LA LOGISTIQUE,

- Note sous Cour d'appel de Paris, Pôle 5, ch. 5, 29 novembre 2018, n°17/08839 2018.3716, p.699.

CABRILLAC S.

- Note sous Cass. com., 26 janvier 2016, n°14-23285 et Cass. civ. 1ère, 22 juin 2016 n°15-1993, « Cautionnement : validité des clauses de forclusion et nécessaire précaution de rédaction », Defrénois, n°19, 2017, p.34.

CATTALANO G.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 20 janvier 2021, n°18-24.297, « La clause prévoyant la déchéance du terme sans préavis pour fausses déclarations de l'emprunteur n'est pas nécessairement abusive », RDC, 2021 n°2, p.86.
- Note sous Cass. civ. 1ère, 16 juin 2021, n°20-12.154, « Déchéance du terme sans mise en demeure : abus ou liberté contractuelle ? », LEDC, sept. 2021, n°8, p.4.

CAROLINE-HENRY L.,

- Note sous Cass. com. 4 juillet 2018, n°16-20-205, « Créanciers soyez réactifs : le délai de prescription de l'action attaché à la créance court au bénéfice du codébiteur et de la caution solidaire », Rev. Sociétés, 2018, p.534.

CHANTEBOUT V.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 25 mai 2016, n°14-20532, « Nul n'est censé ignorer l'information accessible sur internet : obligation de révélation et exception de notoriété », Cahiers de l'arbitrage, 1/12/2016, n°3, p.633.

CHARBONNEAU C.,

- Note sous Cour d'appel de Paris, P.2, 5e chambre, 16 mai 2017, n°16-09-576, « De la déchéance du droit de se prévaloir de la prescription biennale d'assurance, L'essentiel droit des assurances », 01/07/2017, n°07, p.5.

CHANY M.,

- Note sous Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25.043, n°14-10.907 et n°14.11-387, « Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », RTD Com., 2016, p.81.

CLAY Th.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 25 juin 2014, n°11-26.529, « Tecnimont, saison 4 : entre révélation et réaction », Cahiers de l'arbitrage, 01/10/2014, n°3, p.547.
- Note sous Paris, 12 avril 2016, n°14-14884, « Tecnimont, saison 5 : la dissolution de l'obligation de révélation dans le devoir de réaction », Cahiers de l'arbitrage, 01/07/2016, n°2, p.447.
- Note sous Cass. civ. 1ère. 19 décembre 2018, n°16-18.349 « Tecnimont Saison 6 : entre action et réaction », Cahiers de l'arbitrage, n°3, 2019, p.401.

CONSTANS A.,

- Note sous Cass. Civ. 1ère, 19 décembre 2018, n°16-18.349, « L'épilogue de l'affaire J & P Avax-Tecnimont : les parties à un arbitrage sont tenus de faire preuve de curiosité et de réactivité », JCP E, 11/04/2019, p.20-25.

CONSTANTIN A.,

- Note sous Cass. com., 7 juin 2011, n°08-21.962 ; Cass. com. 15 mars 2011, n°09-13.299, « Mobilisation des droit sociaux : sanction du non-respect des conditions de mise en œuvre des garanties conventionnelles ; clauses de déchéances », RTD Com. 2011, p.580.

COUPET C.,

- Note sous Cass. Com., 8 novembre 207, n°16-10.626, « Garantie non autorisée par le CA : quelle responsabilité pour le dirigeant social ? », Droit des sociétés, n°3 mars 2018, p.29.

COURET A.,

- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, « Garantie de passif », BJS 2007, n°11, p.1187.
- Note sous Cass. com. 28 septembre 2010, n°09-66.255., « Le défaut de souscription d'une assurance obligatoire constitue une faute séparable des fonctions de dirigeant », BJS, 2010 n°12, p.976.

DEBOURG C.,

- Note sous Cass. civ. 1ere, 19 décembre 2018, n°16-18.349, « Obligation de révélation de l'arbitre et obligation de s'informer à la charge des parties : un équilibre encore perfectible », Dalloz Act., 01/02/2019.

DELEBECQUE Ph.,

- Note sous Cass. civ. 3ème., 31 octobre 2001, n°99-13.004 « Régime de la forclusion conventionnelle », D.2002, p.2840.

DELPECH X.,

- Note sous Cass. civ. 1ere 18 décembre 2014, n°14-11.085, « Absence d'indépendance de l'arbitre : conditions de l'annulation de la sentence », Dalloz act., 20 janvier 2015.

- Note sous Cass. com. 6 mars 2019, n°17-20.545, « Liquidation judiciaire : responsabilité civile du liquidateur pour faute d'abstention », Dalloz act., 9 avril 2019.

DESHAYES O.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 4 juin 2009, n°08-14481, « Le silence vaut parfois acceptation » LEDC, 2009, n°7, p 5.
- Note sous Cass. civ. 3ème, 21 mars 2012, n°11-14174 et Cass. civ. 3e, 21 mars 2012, n°11-14.174, « La tardiveté de la demande en paiement peut être source de responsabilité pour le créancier », RDC, 2012, n°3, p.806.
- Note sous Cass. civ. 3e, 10 juillet 2013 et Cass. civ. 1ère, 2 octobre 2013, n°12-19887, « Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? Une question mal posée », RDC, 2014, n°1, p.27.
- Note sous Cass. civ. 1ère, 12 mai 2016, n°15-20834, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », RDC, 2016, n°4, p.654.

DIAZ H.,

- Note sous Cass. crim., 27 novembre 2019, n°18-83.942, « Assises : l'importance d'être (ré)actif », Dalloz Act., 10 janvier 2020.

EYMARD-GAUDIN N.,

- Note sous Cass. 1ère civ., 10 décembre 1996, n°94-19276 « Assurances de personnes », RGDA, n°1997-1, p.211.

FAGES B.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1998, JCP G 1999, II, « L'obligation d'agir en temps utile afin de limiter la dette de la caution », JCP G, n°1, 1999, II, p.1000.
- Note sous Cass. civ. 3e, 18 février 2004, n°02-17.523, Cass. civ. 1re, 30 novembre 2003, n°01-14.314, « Silences de professionnels », RTD civ., 2005, p.831.
- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », RTD Civ. 2007, p.773.
- Note sous Cass. com., 22 janvier 2008, n°06-21.160 ; Cass. civ. 3e 19 mars 2008, n°07-11.194, « Conditions de la renonciation à un droit », RTD Civ. 2008, p.294.
- Note sous Nancy, 26 septembre 2007, RLDC 2008/49, n°2969, « Invitation judiciaire à adapter le contrat », RTD Civ. 2008, p.295.
- Note sous Cass. com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, « Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif », RTD Civ. 2007.773.
- Note sous Cass. civ. 3ème, 28 janvier 2009, n°07-20.891, « Où on est-on de l'obligation de cohérence ? », RTD Civ. 2009, p.317.
- Note sous Cass. civ. 3ème, 16 mars 2011, n°10-14.051, « L'obligation d'exécuter dans des délais raisonnables », RTD Civ. 2011, p.533.
- Note sous Cass. com., 15 mai 2012, n°10-26.391 et n°11-13.972 ; Cass. civ. 3e, 23 mai 2012, n°11-14.456, « La clause résolutoire n'échappe pas à la loi de la loyauté », RTD Civ. 2012, p.727.

FRAISSE W.,

- Note sous Cass. soc. 17 octobre 2018, n°17-17.985, « Altercation entre salariés : manquement de l'employeur à son obligation de sécurité », Dalloz act., novembre 2018.

GAURIAU R.,

- Note sous Cass. soc. 3 mars 2021, n°19-24.232 « Ressenti d'une souffrance collective et harcèlement moral », Revue de droit du travail 2021, p.376.

GAUTIER P.-Y.,

- Note sous Cass. com., 12 octobre 2004, n°03-11.615, « Pas « d'offres labiales » de paiement : l'impossible retrait litigieux dans les procédures collectives », RTD Civ., 2005, p.417.
- Note sous Cass. com., 26 mars 2008, n°07.11-554, « Dépassement de pouvoir du mandataire par exécution tardive d'un ordre de bourse sur un marché financier », RTD Civ., 2008, p.689.
- Note sous Cass. com. 9 juin 2009, n°08-17.843, « Comment s'interprète une clause de garantie de passif : n'est pas forcément débiteur celui que l'on croit », RTD Civ. 2009, p.741.
- Note sous Cass. civ. 1ère, 3 mai 2018, n°16-20.419, « Du devoir d'immixtion du notaire dans les affaires de son client », RTD Civ. 2018, p.691.
- Note sous Cass. com., 10 novembre 2021, n°21-11.975, « D'un extrême à l'autre : de perpétuelle, la garantie d'éviction devient "à bref délai" », RTD Civ. 2022, p.153.

GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK E.,

- Note sous Cass. civ. 3e, 27 septembre 2006, n°05-14.561, « Le seul fait pour un locataire de continuer à occuper l'immeuble sans payer les loyers ne suffit pas pour intervertir son titre et prescrire », RDI 2006.461.

GIGANTI U.,

- Note sous Cass. soc., 4 novembre 2021, n°20-16.550, « Nullité d'une rupture conventionnelle dans un contexte de harcèlement sexuel », JSL, n°533, 2022, p.1.

HALLOUIN J.-C.,

- Note sous Cass. com., n°95-13891, « Exclusion d'un associé d'une SARL : le juge saisi doit vérifier si l'exclusion n'est pas abusive », D.1998, p.400.

HAUTEFORT M.,

- Note sous Cass. soc., 11 mars 2015, n°13-18.603, « Face au harcèlement, l'employeur a un devoir de prévention, non de réaction », JSL, 2015, n°386, p.23.

HENRY M.,

- « Tecnimont 2016 : le devoir de réaction à l'aune d'un arrêt réactionnaire », note sous Paris, Pôle 1-Ch.1, 12 avril 2016, Revue de l'arbitrage, 2017, n°3, p. 949.
- "Le devoir de révélation dans les rapports entre arbitres et conseils : de la suggestion aux électrochocs", Cah. Arb., 2011, p.3.

HOUTCIEFF D.,

- « Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », D.2007, p.1572.
- Note sous Cass. com., 27 janvier 2021, n°18-22492, « Le temps qui passe efface les promesses (mêmes unilatérales) », Gaz. pal., n°14, 13 avril 2021, p.26.

HUGON Ch.,

- Note sous Cass. com., 2 novembre 2016, n°15-13.273, « La notification d'un acte de procédure doit mettre en mesure son destinataire de réagir efficacement », BJE mars 2017, n°114j2, p.125.

JARROSSON Ch.

- Note sous Paris 19 mai 1998, 3 déc. 1998 et 19 janvier 1999, « Qui tient les rênes de l'arbitrage ? Volonté des parties et autorité de l'arbitre », Rev. Arb. 1999, p.601.

JOURDAIN P.,

- Note sous Cass. civ. 2e, 24 nov. 2011, n°10-25.635 « Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ? », RTD. Civ. 2012, p.324.
- Note sous Cass. Civ. 2e, 14 juin 2018 n°17-20.046 « La faute d'un joueur de football (hors-jeu) est-elle génératrice de responsabilité envers un parieur ? », RTD Civ. 2018, p.908.

KASSOUL H.,

- Note sous Cass. civ. 3e, 6 mai 2021, n°20-15.094, « Quelle sanction pour la mauvaise foi du bailleur, quelle garantie pour le logement indécent ? », LEDC 2021, n°6, p.3.

KULLMAN J.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 6 décembre 1994 « Absence de réaction de l'assureur auprès de l'assuré », RGDA, 01/01/1995, n°1995-1, p.57.
- Note sous Cass. civ. 2e, 3 septembre 2009, n°08-13094 : *«* Assurances en général *»,* RGDA, 01/10/2009, n°2009-04, p.1155.

LAITHIER Y.-M.,

- Note sous Cass. civ. 3e, 3 novembre 2011, n°10-26.203 « La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable », RDC n°2, avril 2012, p.402.
- Note sous Cass. civ. 1ère, 11 mars 2014, n°12-29.876, RDC 2014, p.355.

LANGÉ D.,

- Note sous Cass. civ. 2e, 8 décembre 2016, n°15-25.128 « L'obligation de mise en garde pour l'insuffisance de la garantie souscrite », RGDA février 2017 n°114f9, p.150.

LASSERRE-CAPDEVILLE J.,

- Note sous Cass. civ. 1ère 8 avril 2021, n°19-11.630, « Sanction au non-respect du délai de réflexion », LEDB 2021, n°6, p.5.

LATINA M.,

- Note sous Cass. com., 26 janvier 2022, n°20.16782, « Clauses abusives : la réduction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil », LEDC 2022, n°3, p.1.

LEBORGNE A.,

- Note sous Cass. civ. 2e., 10 mai 2007, n°05-13.628, « Droit de l'exécution » D.2008, p.1167.

LEBORGNE-INGELAERE C.,

- Note sous Cass. soc., 18 février 2014, n°12-17.557, « L'employeur face au harcèlement sexuel : incidence de son inertie et encadrement de sa réaction », JCP S, n°30, 29 juillet 2014, p.1321.

LEBLOND N.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 10 octobre 2019, n°18-19.211 « Défaut d'information annuelle de la caution : étendue de la déchéance », LEDC, décembre 2019, n°11, p. 2.
- Note sous Cass. civ. 3e, 11 mai 2022, n°19-13738, « Accepter le renouvellement, c'est renoncer à la résolution du bail », LEDC, juin 2022, n°6, p.3.

LE CANNU P.,

- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, « La garantie de passif peut être invoquée au titre d'une dette née à cause du bénéficiaire », RTD Com. 2007, p.786.

LECOURT A.,

- Note sous Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-17.137 et n°15-18.246, « Obligation d'information et cessions de droits sociaux : cantonnement de la loyauté des dirigeants », RTD Com., 2017, p.384.

LEGUAY G., DUBOIX PH.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 6 décembre 1994, Lloyd continental c/ Sté PUB « Prescription biennale : évolution jurisprudentielle, » RDI 1996, p.89.

LHERNOULD J.-P.,

- Note sous Cass. soc. 21 avril 2017, n°15-19353, « Prise d'acte : rupture de tous les dangers pour le salarié ? », JSL, 2017 n°432.

LIBCHABER R.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 20 janvier 2021, n°19-20680 « Rôle effectif et concevable de la mise en demeure », RDC 2 juin 2021, p.36.

LIENHARD A.,

- Note sous Cass. Com., 31 mai 2011, n°09-13.975, « Responsabilité pour insuffisance d'actif : faute d'abstention d'administrateurs », D.2011, p.1551.

LOQUIN E.,

- Note sous Paris, 12 avril 2016, n°14/14884, « Autour de l'obligation de révélation », Rev. arb., 2017-1, p.234.

LYON-CAEN G.,

- Note sous Civ. 4 décembre 1895, S. 1896, 1, p.113.

LUCAS F.-X.,

- Note sous Cass. com., 15 mai 2007, n°05-19464 « Appréciation du caractère fautif et préjudiciable de la révocation d'un directeur général qui n'a pas été en mesure de se faire entendre », RDC, 2008, n°2, p.418

MATHIEU B.,

- Note sous CC, 23 mars 2017, n°2017-750-DC. « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement ? », Constitutions, Dalloz, 2017, p.291.

MAZEAUD D.,

- Note sous Cass. Civ. 1er, 24 janvier 2006, n°03-11.889, « Prescription extinctive », RDC, 2006, n°3, p.708.
- Note sous Cass. com., 10 juillet 2007, n°06-14.768, « Bonne foi », RDC 2007, n°4, p.110.

MAZEAUD V.,

- Note sous CEDH, 13 février 2020, n°25137/16, « Droit à la sécurité juridique et fixation du point de départ de la prescription », Gaz. pal., sept. 2020, n°32, p.24.

MIGNON M.,

- Note sous Cass. Com., 11 décembre 2012, n°11-17.713 « Précisions sur la cause objective du prêt », LEDB, n°02, p.3.

MEKKI M.,

- Note sous Cass. 3e civ., 10 juillet 2013, n°12-13851, « L'exception française : non à l'obligation de minimiser le dommage », Gaz. pal., 14 nov. 2013, n°318.

MESTRE J.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 28 octobre 2003, n°01-03.662, « Résolution unilatérale d'un contrat : à quoi tient le comportement grave ? », RTD Civ. 2004, p.89.

MESTRE J., et FAGES B.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 24 mai 2005, n°02-15.188 « La valeur juridique du silence. Entre constance et circonstances », RTD. Civ. 2005, p.588.

MORIN-GALVIN A.,

- Note sous Colmar, ch. soc., 17 août 2017, n°15/00825 « Harcèlement moral : une qualification variable selon la matérialité des éléments de fait rapportés par le salarié et la réactivité de l'employeur », Les Cahiers Sociaux, n°300, p.457.

MOUIAL-BASSILANA E.,

- Note sous Cass. com., 17 juin 2020 n°18-18.321, « Simple négligence » versus faute de gestion du dirigeant en matière d'insuffisance d'actif », BJS, octobre 2020, n°10, p.38.

MOURALIS D.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, n°16-11.413, « Est manifestement inapplicable la clause compromissoire à laquelle les parties ont renoncé en saisissant le juge étatique », JCP G, n°25, juin 2017, p.694.

MOURY J.,

- Note sous Cass. com., 23 janvier 2019, n°17-10.374 « Cession d'actions : confusion entre prescription et forclusion conventionnelle », note sous Cass. Com., 23 janvier 2019, n°17-10.374, RTD Com., 2019, p.415.

MOUSSERON P.,

- Note sous Cass. com., 15 mars 2011, n°09-13299 « Efficacité des clauses de déchéance dans les garanties de passif », BJS, n°06, page 476, BJS juin 2011.

NOGUÉRO D.,

- Note sous Cass. civ., 3eme, 24 janvier 2012 n°10-28.218 « La renonciation tacite de l'assureur à la prescription biennale et la faute d'abstention de l'assuré, vendeur d'immeuble, pour l'interruption de la prescription », RDI 2012, p.172.

- Note sous Cass. civ. 2e, 21 janvier 2021, n°19-13.347 « Clause contredisant le délai minimal légal pour la déclaration de sinistre et paralysie de la clause de déchéance », RDI 2021, p.364.

PELLET S.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 19 décembre 2018, n°16-18349 « Obligation de révélation de l'arbitre : le (demi) silence est d'or ! », LEDC, n°03, p.2.

PELLIER J.-D.,

- Note sous Cass. civ. 3ème, 8 déc. 2021, n°20-21.439 « L'impérialisme du délai butoir de l'article 2232 du Code civil », JCP E, n°5, février 2002, p.169.

PERINET-MARQUET H.,

- Note sous Paris, 19e chambre A, 3 février 2003, SA Cecogi c/ Sté SNCT, requête n°2201-0556, « Face à l'absence de réaction de l'entreprise principale à ses mises en demeure successives, le maître de l'ouvrage doit prendre toute mesure coercitive à son égard et, notamment, stopper tout paiement », RDI 2003, p.456.

PORACCHIA D.,

- Note sous Cass. Com., 10 mars 2015, n°12-15.505 « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif ne peut sanctionner que les fautes commises par le dirigeant de la personne morale en cette qualité », Rev. Sociétés, 2015, p.468.

PISONI P.,

- Note sous Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-17.137 et n°15-18.246, « Garantie de passif : sanction de l'inobservation du délai d'information du cédant », Rev. sociétés 2017, p.209.

PRÉVAULT J.,

- Note sous Paris, 8e ch. B, 7 décembre 1995, « L'utilisation d'une procédure irrégulière et trop lourde pour recouvrer une créance minime constitue un abus de droit », D.1996, p.203.

PRÉVOST S.,

- Note sous Cass. Com., 15 mars 2011, n°09-13.299 : « Déchéance des droits au titre de la garantie de passif en cas de non-respect du délai d'information du cédant », Rev. sociétés 2011, p.287.

RACINE J.-B.,

- Note sous Paris, 7 février 2008, Rev. Arb. 2008, p.511
- Note sous Cass. Com., 3 février 2009, n°08-10678. « *Délais et CVIM de 1980 »,* RDC, 2009, n°4, p.159.

SAINTOURENS B.,

- Note sous Cass. com., n°95-13891, « Clause statutaire d'exclusion et abus de droit », Rev. sociétés 1998, p.99.
- Note sous Cass. com., 31 mai 2011, n°09-13975, « Responsabilité des administrateurs de SA : qualification de dirigeants et faute de gestion pour absence de réaction », BJS, 01/10/2011, n°10, p.187.
- Note sous Cass. com., 15 mai 2020 « Le juste motif de révocation du gérant sous le contrôle de la Cour de cassation : du fait au droit », BJS, 2020, n°5, p.33.

SALVANDY J.,

- Note sous Cass. civ. 1ère, 20 février 2019, n°18-12.471, « Le délai de réflexion de dix jours, quarante ans après », RDI 2019, p.508.

SEUBE J.-B.,

- Note sous Cass. civ. 3e, novembre 2004, n°03-15.084, « Les justifications de la précarité permettant d'échapper au statut des baux commerciaux », RDC, 2005, p.361.
- Note sous Cass. civ. 3e, 9 décembre 2009, n°04-19923, « Le juge ne peut ni porter atteinte à la substance des droits et obligations des parties, ni s'affranchir de dispositions impératives », RDC 2010, n°2, p.666.
- Note sous Cass. Civ. 3e, 1er décembre 2010, n° 09-16516, « Obligations, protection du consommateur », Defrénois, n°8, p.814.

SEUBE J.-B. ET REVET TH.,

- Note sous Cass. civ. 3e, 19 décembre 2012, n°11-21.616, « L'absence de réaction rapide à une prétendue voie de fait en empêche la caractérisation », Dr. et patr., 2013, n°226, p.77.

SIFFREIN-BLANC C.,

- Note sous Cass. Civ. 3e, 9 octobre 2012, n°11-23869 « Pas de réticence dolosive en l'absence de vigilance de l'acheteur », EDUC, 2012, n°11, p.2.

STOFFEL-MUNCK PH.,

- Note sous Paris, 16 novembre 2001, *Laurent c/ SA Expeditors International France SAS* « Consultation de sites pornographiques au travail et faute grave : une question de tolérance », CCE, n°7-8, juillet 2002, comm.104.
- Note sous Cass. civ. 1ère, 25 juin 2002, n°00.14-590, « Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du Code civil n'est plus d'ordre public », D.2003, p.155.
- Note sous Cass. com., 2 juillet 2002, n°01-12.685, « Abus d'un droit contractuel : les critères du refus abusif d'agrément », RDC 2003, n°1, p.50.
- Note sous Cass. com. 10 juillet 2007 n°06-14.768, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », D.2007, p.2839.
- Note sous CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, « La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords », CCE, n°9, septembre 2010, comm.88.
- Note sous Cass. civ. 3e, 21 mars 2012, n°11-14.174, « Exécution du contrat : déloyauté à réclamer le paiement », Dr. et patr., 2013, n°221, p.81.
- Note sous Cass. Com., 13 décembre 2016, n°14-20804, « Du non-usage fautif d'une faculté de modification unilatérale du contrat », RDC, 2018/1, p.20.

THÉRY Ph.,

- Note sous com., 15 octobre 2013, n°12-21.704 « Clause de réclamation ou convention sur la prescription : poids des mots ou verbalisme ? », RTD Civ. 2014, p.705.

TRICOIRE J.-P.,

- Note sous Cass. civ. 3e, 6 mai 2015, n°14-13.032, Cass. civ. 3e, 28 janvier 2015, n°14-10.96, « Le jeu -complexe- des clauses résolutoires dans les contrats de vente d'immeubles à construire », RDI 2015, p.415.

VÉRICEL M.,

- Note sous Cass. soc., 16 octobre 2009, n°17-18.443, « Fractionnement des congés payés : le salarié ne peut pas renoncer au bénéfice d'un droit qu'il tient de dispositions d'ordre public », rev. droit du travail, 2021, p.525.

VIAL J.-P.,

- Note sous Riom, 19 avril 2017, n°15/03002 « Pari sportif perdu pour cause de hors-jeu : pas d'indemnité pour le parieur ! », Jurisport 2018, n°185, p.35.

VIGNAUD M.

- Note sous Paris, 31 octobre 2007, n°06/18963, « La rançon du succès ou la surprenante dégénérescence de la marque Fooding », D.2008, p.898.

WEILLER L.,

- Note sous Cass. civ. 1ère , 19 décembre 2018, n°16-18.349, « Épilogue de la saga Tecnimont : consécration du devoir d'investigation des parties ou l'accessibilité érigée en notoriété », Procédures, n°4, p.14.

ZALEWSKI V.,

- Note sous Cass. civ 3ème., 9 janvier 2007, n°05-20.763 « Bail et abus du droit d'agir en justice », AJDI 2007, p.392

VI. : **RAPPORTS** ; **PROJETS DE RÉFORME**

COUR DE CASSATION,

- *Le risque*, rapport annuel, 2001.
- *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, rapport annuel, 2014.

FRANCE,

- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, mars 2017
- SÉNAT, *Proposition de loi, Session extraordinaire de 2019-2020*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 29 juillet.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux,* 22 avril 2022.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Commission présidée par le Professeur Philippe Stoffel-Munck,* juillet 2022.

NATIONS UNIES,

- *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2016, Nations Unies

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

— **A**

Abus de droit :
— intention de nuire : 163, 309
— détournement de la fonction sociale du droit : 163, 309, 318
— par abstention : 39, 69, 163
— abus du droit d'agir : 312, 313
— abus des voies d'exécution : 314, 315, 316

Accélération :
— production législative : 5
— sciences sociales : 5
— rythme juridique : 6, 8, 49

Accès au juge : (v° *droit à un procès équitable*)

Acceptation : 50, 132, 270, 359 ; v° aussi : *silence*.

Action interrogatoire :
— confirmation de nullité : 59, 255, 264
— pacte de préférence : 18, 59, 138 149, 264
— représentation : 59, 261, 264

Adage : 4

Adaptation du contrat : v° *imprévision*

Aggravation :
— de la dette : 155, 170
— des risques : 38
— du préjudice : v° *minimisation du dommage*

Agrément (procédure) : 39, 69, 91, 163, 297

Analyse comportementale du droit :
— définition : 216
— application au devoir de réaction : 217 et s.

Analyse économique du droit : 215

Ancien Régime : 4

Antiquité :
— droit grec : 4
— droit romain : 4, 6, 90, 398

Arbitrage : 41 et s.

Assurance : v° *contrat d'assurance*

Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux : 31, 256

Avaries communes : 4, 68

— **B**

Bail : v° *devoir de réaction du bailleur / bailleur commercial*

Biais cognitif : 213

Blanchiment d'argent : 76, 198

Blockchain : 6

Bonne foi : v° aussi : *devoir de bonne foi*
— fondement du devoir de réaction : n°139 et s.
— notion : 140

— **C**

Cautionnement : 52 et s.

Célérité : v° *rapidité*

Cession de parts sociales : 39, 163

Changement de circonstances : v° *imprévision*

Clause
— agrément : 297
— aménageant le délai pour agir : 253 et s.
— déchéance : 269 et s., 388
— déchéance de garantie de passif : 152
— dédit : 152, 165, 169
— force majeure : 77, 250
— forclusion : 53, 258 et s.
— imprévision : 250, 272, 385
— *liberty (*liberté) : 68, 281

— limitative ou exclusive de responsabilité : 293 et s., 298.
— *material adverse change (MAC) :* 165
— minimisation du dommage : 177, 281 et s.
— non-concurrence : 152, 165
— non-recours : 189, 298
— norme RSE : 195 et s.
— prescription : 253
— réaction : v° clause de réaction
— réclamation : 249 et s., 292, 294, 300
— reconduction tacite : 153
— règlement d'arbitrage : 43 et s.
— renégociation : v° *clause d'imprévision*
— résolutoire : 58, 88, 103, 122, 141, 150 et s., 226, 281, 356 et s.

Clause abusive
— droit de la consommation : 291 et s.
— droit commun des contrats d'adhésion : 297
— droit commercial : 296

Clause de réaction
- notion : 246 et s.
- sans délai prévu : 273, 274
- sans sanction prévue : 275

Clause contredisant l'obligation essentielle : 298 et s.
Climat : *v° environnement*
Conditions générales : 40
Contenu haineux : 79
Contenu illicite : 79, 207, 208, 231
Contrat : v° aussi : *devoir de réaction*
— alliance : 165
— arbitrage : 41 et s.
— assurance : 36 et s.
— cautionnement : 52 et s.
— coopération : 14, 165, 166
— entreprise : *v° devoir de réaction du maître d'ouvrage*
— société : 39
— travail : 49 et s.
— vente : 28 et s.

Contrefaçon : 79, 201
Contrôle de proportionnalité : 318, 321 et s., 365
Convention d'arbitrage : v° *arbitrage*
Commerce international
— CVIM : 28 et s. ; v° aussi : devoir de réaction de l'acheteur / vendeur international
— Unidroit : v° *Unidroit (principes)*

Common Law : 62, 127, 176, 179
Compliance : 194, 200
Comportementalisme : 213 et s.
Covid-19 : 387
— obligation de sécurité de l'employeur : 73, 210
— ordonnances : 388

Criminalité financière : 76, 198

— **D**

Dabin : 93
Déchéance :
— clause : v° *clause de déchéance*
— notion / sanction du devoir de réaction : 149 et s.

Déchéance du terme : 149, 330, 331
Déchéance partielle : 25, 149, 183
Déchet : 227
Déclaration de créance : 55
Déclaration de sinistre : 37, 301
Défaut de conformité de la marchandise : 28 et s.
Délai :
— contractualisation (du) : 249 et s.
— contractualisation du délai raisonnable : 261 et s.
— de prescription extinctive : *v° prescription*
— de forclusion : v° *forclusion*
— fondement du devoir de réaction : 100 et s.
— pour agir : 252 et s.

— raisonnable : 101
— réflexion : 375 et s.
— plafond : 301
— préfix : 136, 273

Dénonciation : v° *défaut de conformité de la marchandise* **;** v° *devoir de vigilance*

Dénonciation (pénal) : 9

Détermination unilatérale du prix : 334

Devoir :
- définition et distinction avec l'obligation : 12

Devoir de :
— bonne foi : 30, 56, 58 et s., 65 et s., 122, 139 et s., 151 et s., 157 et s., 179, 271, 332, 348 et s., 359
— cohérence : 32, 58, 103, 124, 142, 271, 314
— coopération : 66, 153, 157, 162 et s., 180, 279 et s.
— vigilance du banquier : v° *devoir de réaction du banquier*
— vigilance du fournisseur d'hébergement : v° *devoir de réaction du fournisseur d'hébergement*
— vigilance des donneurs d'ordre : v° *devoir de réaction des donneurs d'ordre*
— vigilance des sociétés donneuses d'ordre : v° *devoir de réaction des sociétés donneuses d'ordre*

Devoir de réaction (débiteur) :
— acheteur : 31, 34
— acheteur (international) : 29, 30, 32, 34
— associé : 39, v° aussi *: cession de parts sociales*
— assureur : 36, 38,
— assuré : 37
— arbitre : 41
— banquier : 76, 209, 338
— bailleur : 48, 66, 103, 155, 170
— bailleur commercial : 103, 141, 330, 355
— bénéficiaire d'un pacte de préférence : 18, 59, 138 149, 264
— bénéficiaire d'une promesse : 274, 381
— dirigeant / gérant : 78, 197, 208, 236
— consommateur : 31, 253, 292 et s.
— créancier (cautionnement) : 54, 55, 56, 88, 149
— créancier (entreprises en difficulté) : 55
— employeur : 51 et s., 71 et s., 204 et s., 208
— fournisseur d'hébergement : 79, 208, 209, 232
— franchiseur : 165
— héritier (créancier) : 169
— maître d'ouvrage et donneur d'ordre : 77, 206 et s.
— parties à l'arbitrage : 41 et s.
— parties au procès : 313
— salarié : 50 et s.
— société donneuse d'ordre : 78, 206 et s.
— transporteur maritime : 68, 89, 168
— transporteur routier : 31, 168
— utilisateur de plateforme : 40
— vendeur : 33, 34
— vendeur (international) : 33, 34

Devoir de réaction (notion)
— condition : 85 et s.
— définition : 110
— distinction : 13, 97

Devoir de réaction (régime)
— fondements : 117 et s., 160 et s., 172, 192 et s.
— sanctions : 148 et s., 155 et s., 171, 183, 229 et s.

Dignité du travailleur : 49

Doctrine des *laches* *:* 127

Dommages-intérêts : 155 et s., 171, 231 et s., 315
Droit à un procès équitable : 363 et s.
Droit allemand : 3, 120
Droit anglo-américain : v° *Common Law ; entreprise à mission ; doctrine des laches*
Droit belge : 121
Droits subjectifs : 93 et s.
Droit suisse : 120

— **E**

Économie comportementale : 214
Efficacité : 112 et s.
Entreprise à mission :
— droit comparé : 196
— de droit français : 196 et s.
Entreprises en difficulté : 55, 389 et s.
Environnement : 9, 70, 78, 112, 188 et s., 196 et s., 199 et s., 207, 224, 225, 227
Équité : 126 et s.
Exception d'inexécution : 58, 60, 63, 88, 149, 182, 227, 310
Exception d'inexécution anticipée : 60, 63, 88, 150, 182
Exception de subrogation : **(cautionnement)** : 56
Exception de tardiveté (arbitrage) : 44 *v° aussi* : *devoir de réaction des parties à l'arbitrage*
Exécution forcée en nature : 58, 60, 182, 315, 316, 321, 324 et s.
Extinction du cautionnement : 52 et s.

— **F**

Famille : 149, 376
Faute du salarié : 51, 311, *v° aussi : devoir de réaction de l'employeur*
Finalité : 112
Force majeure : 250, 272.
Force obligatoire : 350 et s.
Forclusion : 31, 53, 59, 136 et s., 253 et s., 366 et s. ; *v° aussi : forclusion conventionnelle*
Forclusion conventionnelle : v° *clause de forclusion*
Formalités : 106 et s., 325 et s.

— **G**

Garantie d'éviction : 33
Garantie de passif : 58, 269, 273, 275, 298

— **H**

Hardship : v° *imprévision*
Harcèlement moral ou sexuel : 74 et s., 207, 221 et s., 235, 323,
Hébergeur *: v° devoir de réaction du fournisseur d'hébergement*
Hyperconnexion : 49

— **I**

Incombance : 119 et s.
Indépendance de l'arbitre : 42 et s.
Inexécution : 60, 63, 88, 170, 182, 225 et s., 310 et s.
Internet : 6, 40, 79
Interpellation : 36, 39, 90 et s., 326 et s.
Inertie : ***v°*** *devoir de réaction*
Inopposabilité : 25**,** 36**,** 149, 297, 301, 388
Intérêt général : 70 et s., 188 et s.
Intérêt social : 199
Imprévision : 89, 119, 250, 272, 385 et s.

— **L**

Laches : v° *doctrine des laches*
Lanceur d'alerte : 9
Légitime défense : 306
Licenciement *: v° faute du salarié*

Loyauté : v° *devoir de bonne foi*

— **M**

***Maréchaux* (*les*)** : 58, 151 et s., 330, 352 et s.
Management des entreprises : 2, 8, 49
Minimisation du dommage :
— droit comparé : 61
— régime : 62 et s., 108, 172 et s., 181 et s., 280
Mise en demeure :
— notion : 329
— sanction : 330 et s.
Modification du contrat de travail : 50, 51, 91
Modification unilatérale des conditions générales : 40
Motivation (obligation de) : 334 et s.

— **N**

Non-assistance à personne en danger (pénal) : 9
Nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) : 6
Nullité : 91, 255, 287, 299

— **O**

Obligation : 12
— de moyens : 72 et s., 203 et s., 208.
— de résultat : 72, 204
Obligation alternative : 329
Obligation de délivrance conforme : 29 et s., *v° aussi : défaut de conformité de la marchandise*
Obligation d'information :
— droit commun : 287
— du créancier à l'égard de la caution : 54, 55, 56, 88, 149
Obligation de motivation : *v° motivation*
Obligation de sécurité : 71
Obligation de sécurité de l'employeur : v° *devoir de réaction de l'employeur*
Offre : 378, 380
Option : 381 ; v° *aussi* : *v° devoir de réaction du bénéficiaire d'une promesse*
Ordre public :
— délai : 254 et s.
— notion : 286
— renonciation : 287 et s.

— **P**

Passivité : v° *devoir de réaction*
Pacte de préférence : *v° devoir de réaction du bénéficiaire d'un pacte*
Plan de vigilance : *v° devoir de vigilance des sociétés donneuses d'ordre*
Plateforme : 49
Pouvoir :95
Préavis : 107**,** 332 et s.
Préjudice : *v° dommage-intérêts*
Prérogative : 94 et s.
Prescription extinctive : 133 et s. ; v° *aussi : clause de prescription*
Preuve : 222 et s.
Prise d'acte : 235
Procédures collectives : *v° entreprises en difficulté*
Promesse : *v° devoir de réaction du bénéficiaire d'une promesse*
Proportionnalité (principe de) : 310, 318 et s.
Prévention de l'abus de droit : 121, 144
Projet de réforme du droit des contrats spéciaux : 31
Projet de réforme du droit de la responsabilité civile : 178, 322

— **R**

Rapidité : 2, 4 et s., 28, 52, 88, 110, 355
Réaction : 2
Réforme du droit des sûretés : 52 et s.
Relevé d'office : 278
Remplacement : 88, 176, 182, 185, 322
Renonciation : 120, 141, 142, 170, 260, 270, 284, 287
Renonciation par avance : 287 et s.
Réputé non-écrit : 291 et s.
Responsabilité civile délictuelle : 78, 187, 231, 380, 397
Responsabilité pénale : 75, 232
Responsabilité sociale des entreprises (RSE) :194 et s.
Résolution judiciaire : 60, 329, 356
Résolution unilatérale par voie de notification : 58, 63, 92, 150, 182, 227, 271, 310, 321, 330, 334
Révocation du dirigeant : 236, 311
Risques psychosociaux : 49
Roubier : 94
Rupture brutale des relations commerciales établies : 177, 332

— **S**

Sanctions disciplinaires : 51, 87, 209, 227
Santé physique et mentale du travailleur : *v° obligation de sécurité de l'employeur*
Sécurité juridique : 9, 31, 59, 90, 142, 263, 321, 330, 339, 353, 366
Silence : 50, 260, 270, 358 et s.
Smart contracts : 6
Solidarisme : 157 et s., 352
Substance du contrat : *v° Les Maréchaux*
Succession : 169
Surendettement des particuliers : 389 et s.

— **T**

Tacite reconduction : 152 et s.
Tecnimont *:* 44 et s.
Transporteur maritime : *v° devoir de réaction du transporteur maritime*
Transporteur terrestre : *v° devoir de réaction du transporteur terrestre*

— **U**

Unidroit (principes) : 30, 108, 147, 176, 322, 385,
Urgence : 182, 330, 331

— **V**

Vaccin : *v° covid-19*
Vice apparent : 29, 31
Vice caché : 31
Voies d'exécution : 314 et s.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS ..... **III**

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..... **V**

SOMMAIRE ..... **VII**

INTRODUCTION GÉNÉRALE **1**

PREMIÈRE PARTIE : LA RECONNAISSANCE DU DEVOIR DE RÉACTION **25**

TITRE PREMIER : LE DEVOIR DE RÉACTION : UNITÉ DE NATURE 29

Chapitre premier - La diversité des manifestations du devoir de réaction *31*

Section première : Les manifestations du devoir de réaction sanctionnées par l'impossibilité de se prévaloir d'un droit 35

Paragraphe premier : La persistance du devoir de réaction en droit spécial des obligations 36

I. La prééminence du devoir de réaction dans les contrats d'affaires 36

A. Les manifestations du devoir de réaction en droit interne et international de la vente 37

B. Les manifestations du devoir de réaction dans d'autres contrats d'affaires 45

C. Les manifestations du devoir de réaction en droit de l'arbitrage 53

II. La présence du devoir de réaction dans les contrats spéciaux 59

A. Les manifestations du devoir de réaction dans le contrat de travail 60

B. Les manifestations du devoir de réaction en droit des sûretés 65

Paragraphe second - La pénétration du devoir de réaction en droit commun des obligations 71

I. Les manifestations traditionnelles du devoir de réaction en droit commun des obligations 72

II. Les manifestations nouvelles du devoir de réaction en droit commun des obligations 74

III. Les manifestations futures du devoir de réaction en droit commun des obligations 78

Section seconde : Les manifestations du devoir de réaction sanctionnées par l'engagement de la responsabilité civile du contractant 83

Paragraphe premier : Les manifestations du devoir de réaction pouvant conduire à l'engagement de la responsabilité civile en droit commun des obligations 83

Paragraphe second : Les manifestations du devoir de réaction pouvant conduire à l'engagement de la responsabilité civile en droit spécial des obligations 89

I. Les manifestations du devoir de réaction dans le cadre de l'obligation de sécurité de l'employeur 89

II. Les manifestations du devoir de réaction dans le cadre des obligations légales et jurisprudentielles de vigilance 94

Conclusion du chapitre *105*

Chapitre second : L'unicité du comportement sanctionné *107*

Section première : Le devoir de réaction, exigence d'apporter une réponse 109

Paragraphe premier : La condition du devoir de réaction : la perturbation de l'ordre contractuel 109

I. Une réponse face à un dysfonctionnement contractuel 110

II. Une réponse face à une interpellation contractuelle 112

Paragraphe second : Le contenu de la réaction : la mise en œuvre appropriée d'un droit subjectif 114

Section seconde : Le devoir de réaction, exigence d'apporter une réponse conforme 123

Paragraphe premier : Le critère principal du devoir de réaction : le temps 123

I. Le devoir de réaction adossé à un délai prévu par la loi ou le contrat 124

II. Le devoir de réaction adossé à un délai implicite 126

Paragraphe second : Les critères d'appréciation secondaires du devoir de réaction 127

I. Le critère matériel du devoir de réaction 128

II. Le critère de proportionnalité du devoir de réaction 129

Conclusion du chapitre second *133*

CONCLUSION DU TITRE PREMIER 135

TITRE SECOND : LES DEVOIRS DE RÉACTION : DUALITÉ DE FINALITÉS 137

Chapitre premier : L'existence d'un devoir de réaction assurant l'efficacité du contrat *141*

Section première : Le devoir de réagir pour la préservation de son propre intérêt 143

Paragraphe premier : les fondements juridiques du devoir de réaction tourné vers la préservation de son propre intérêt 144

I. Les fondements écartés 144

A. Le rejet de la notion d'incombance comme fondement du devoir de réaction 144

B. Le rejet de l'équité comme fondement du devoir de réaction 152

II. Les fondements retenus 155

A. La dissociation apparente des fondements du devoir de réaction dans leurs sources ... 156
1. Les délais-sanction dont l'irrespect conduit à l'extinction d'un droit fondent le devoir de réaction ... 157
a) Exclusion du délai de prescription ... 157
b) Typologie des délais retenus ... 159
2. Le devoir de bonne foi fonde le devoir de réaction ... 164
B. La similitude des fondements du devoir de réaction dans leur finalité ... 171
Paragraphe second : Les sanctions du devoir de réaction tourné vers la préservation de son propre intérêt ... 177
I. La sanction principale : l'impossibilité de se prévaloir d'un droit ... 177
II. La sanction résiduelle : la responsabilité civile ... 184
Section seconde : Le devoir de réagir pour la protection de l'intérêt d'autrui ... 187
Paragraphe premier – Le devoir de réagir pour éviter le préjudice du cocontractant ... 189
I. La bonne foi fonde le devoir de réaction pour éviter le préjudice du cocontractant ... 189
A. Aspects généraux du devoir de bonne foi comme fondement du devoir de réaction ... 189
B. Aspects spéciaux du devoir de bonne foi comme fondement du devoir de réaction ... 193
II. La bonne foi impose au contractant de réagir pour éviter le préjudice du cocontractant ... 196
A. Éviter le préjudice d'autrui par l'usage d'une prérogative contractuelle ... 196
B. Éviter le préjudice d'autrui par l'usage d'une sanction contractuelle ... 199
Paragraphe second : Le devoir de réagir pour minimiser son propre préjudice ... 202
I. Les fondements du devoir de réagir pour minimiser son propre préjudice ... 203
A. La reconnaissance progressive d'un devoir de minimiser le dommage ... 204
B. Le fondement du devoir de minimiser son propre dommage en matière contractuelle 207
C. Le devoir de réaction s'intègre dans celui de minimiser le dommage ... 209
II. Les sanctions du devoir de réagir pour minimiser son propre préjudice ... 213
Conclusion du chapitre ... 217
Chapitre second : L'existence d'un devoir de réaction assurant l'efficacité d'une obligation dont la finalité est la protection d'un intérêt général ... 219
Section première : L'identification des sources d'un devoir de réaction assurant l'efficacité d'une obligation ayant pour finalité la protection de l'intérêt général ... 223
Paragraphe premier : L'identification de l'obligation source d'un devoir de réaction ... 223
I. La source volontaire de l'obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général . 224
II. La source contraignante de l'obligation ayant pour finalité la protection d'un l'intérêt général 230
Paragraphe second : L'identification des obligations légales dont la condition d'exécution est le devoir de réaction ... 232
I. Les conditions d'existence du devoir de réaction ... 233
A. Le devoir de réaction ne peut exister qu'en présence d'une obligation de moyens ... 234
B. Le devoir de réaction se couple toujours à des mesures préventives ... 237
C. Le devoir de réaction conditionne l'exécution de l'obligation générale ... 240
II. L'efficacité du devoir de réaction : essai d'analyse comportementale du droit ... 244
A. Exposé des thèses de l'analyse comportementale du droit ... 245
1. Le comportementalisme ... 245
2. L'économie comportementale et l'analyse comportementale du droit ... 246
B. Application des thèses de l'analyse comportementale du droit au devoir de réaction .. 251
Section seconde : Les conséquences attachées au devoir de réaction pour l'exécution d'une obligation ayant pour finalité la protection d'un intérêt général ... 255
Paragraphe premier : Les conséquences de la mise en œuvre du devoir de réaction ... 255
I. L'absence d'engagement de la responsabilité du débiteur du devoir de réaction ... 255
II. L'absence de caractère fautif des réponses juridiques apportées par le débiteur du devoir de réaction ... 258
Paragraphe second : Les conséquences de l'absence de mise en œuvre du devoir de réaction ... 264
I. Les différentes sanctions du manquement au devoir de réaction ... 264
II. L'absence de caractère fautif des réponses juridiques apportées par les parties prenantes à l'encontre du débiteur du devoir de réaction ... 266
Conclusion du chapitre ... 271
CONCLUSION DU TITRE ... 273

CONCLUSION DE LA PARTIE ... 275

SECONDE PARTIE : LES LIMITES DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT ... 279

TITRE PREMIER : L'ENCADREMENT DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT ... 281
Chapitre premier : L'encadrement de la contractualisation du devoir de réaction du contractant 283

Section première : La validité des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction au contractant 285
Paragraphe premier : Les clauses contractuelles imposant un devoir de réaction dont l'effet est de déchoir le contractant de son droit 286
I. Les clauses imposant un devoir de réaction par l'abrègement du délai pour agir : les clauses de forclusion 288
A. La validité de principe des clauses destinées à abréger le délai pour agir 289
B. La question de la nature des clauses destinées à aménager un délai raisonnable 295
C. Les caractères propres aux clauses destinées à abréger le délai pour agir 298
II. Les clauses imposant un devoir de réaction par l'institution d'une déchéance autre qu'une forclusion : des clauses *sui generis* 301
A. La validité de principe des clauses de réaction destinées à instituer une déchéance autre qu'une forclusion 301
B. Les caractères propres aux clauses de réaction destinées à instituer une déchéance autre qu'une forclusion 305
III. Les caractères communs aux clauses instituant des devoirs de réaction 309
Paragraphe second : Les clauses contractuelles destinées à engager la responsabilité du contractant pour absence de réaction 311
I. Les clauses de réaction imposant directement un devoir de réaction au contractant 311
II. Les clauses de réaction imposant indirectement un devoir de réaction au contractant 312
Section seconde : Les sources d'invalidité des clauses contractuelle imposant un devoir de réaction 315
Paragraphe premier : Les sources d'invalidité des clauses contractuelles imposant un devoir de réaction tenant à la nature du droit subjectif visé par la clause 315
Paragraphe second : Les sources d'invalidité tenant à la brièveté du délai stipulé dans la clause 321
I. Les outils de lutte contre les clauses instaurant un délai excessivement bref 321
A. Les clauses créant un déséquilibre significatif 322
B. Les clauses privant de substance l'obligation essentielle 328
II. Les effets de la sanction des clauses de réaction instaurant un délai excessivement bref 329
Conclusion du chapitre premier 335
Chapitre second : L'encadrement de la mise en œuvre du devoir de réaction du contractant 337
Section première : L'exigence de mesure dans la mise en œuvre du devoir de réaction 339
Paragraphe premier : La mise en œuvre abusive du droit subjectif objet du devoir de réaction 340
I. L'usage abusif d'une prérogative contractuelle 340
II. L'usage abusif d'un moyen procédural attaché au droit subjectif 343
Paragraphe second : La mise en œuvre disproportionnée du droit subjectif objet du devoir de réaction 348
I. La soumission du devoir de réaction à l'exigence de proportionnalité 349
II. L'application de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction 352
A. Les applications certaines de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction 352
B. Les applications probables de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction 353
C. Les applications exclues de l'exigence de proportionnalité au devoir de réaction 354
Section seconde : L'exigence de formalisme dans la mise en œuvre du devoir de réaction 357
Paragraphe premier : Les exigences de formalisme destinées à adoucir la réaction du contractant 358
I. Les exigences formelles temporelles 359
A. La mise en demeure 359
B. Les délais de préavis 364
II. Les exigences formelles matérielles 366
Paragraphe second : L'exigence de formalisme destinée à accroître l'efficacité de la réaction du contractant 371
I. Le formalisme, outil d'efficacité pour assurer l'exécution d'une obligation légale d'intérêt général 371
II. L'extension souhaitable du formalisme pour assurer l'efficacité d'une obligation protégeant un intérêt général 373
Conclusion du chapitre second 377
CONCLUSION DU TITRE PREMIER 379
TITRE SECOND : LA RELATIVISATION DU DEVOIR DE RÉACTION DU CONTRACTANT 381
Chapitre premier : Le droit de ne pas réagir 383
Section première : La recherche d'un fondement contractuel destiné à protéger l'absence de réaction du contractant 385
Paragraphe premier : La force obligatoire limite indirectement le devoir de réaction par la sauvegarde de la créance 386
I. La force obligatoire du contrat protège la créance face à l'absence de réaction du contractant 386

II. La force obligatoire du contrat protège le droit de sanctionner du créancier 390
Paragraphe second : La protection directe de l'absence de réaction du contractant : la volonté comme limite au devoir de réaction 394
Section seconde : La recherche d'un fondement extracontractuel destiné limiter le devoir de réaction du contractant 399
Paragraphe premier : Le délai de prescription, composant du droit à un procès équitable 399
Paragraphe second : L'extension du droit à un procès équitable aux délais fondant le devoir de réaction 402
Conclusion du chapitre premier 407
Chapitre second : Le devoir de ne pas réagir 409
Section première : L'opposition du devoir de réaction et du devoir de ne pas réagir 411
Paragraphe premier : Le devoir de ne pas réagir destiné à protéger le contractant contre sa propre précipitation 411
I. Un devoir de ne pas réagir immédiatement face à une décision difficile 411
II. Un devoir de ne pas réagir immédiatement face à une décision économique risquée 414
Paragraphe second : Le devoir de ne pas réagir destiné à protéger le contractant contre la précipitation du cocontractant 415
I. Les offres assorties d'un délai 416
II. Les délais d'option 417
Section seconde : La complémentarité du devoir de réaction et du devoir de ne pas réagir 419
Paragraphe premier : Le devoir de ne pas réagir face à l'évènement imprévisible 420
I. Le rôle de la passivité dans la gestion de l'imprévu en temps normal 421
II. Le rôle de la passivité dans la gestion de l'imprévu en temps de crise 424
Paragraphe second : Le devoir de ne pas réagir face à la défaillance contractuelle 427
I. Le devoir de ne pas réagir du débiteur face à sa propre défaillance 428
II. Le devoir de ne pas réagir du créancier face à la défaillance de son débiteur 430
Conclusion du chapitre 433
CONCLUSION DU TITRE 435

CONCLUSION DE LA PARTIE 437

CONCLUSION GÉNÉRALE 439

BIBLIOGRAPHIE 443

INDEX 505

TABLE DES MATIERES 513