

Les applications de l'article 1147 du Code civil de 1804 à 2004

François Diesse

Volume 34, Number 3, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027286ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027286ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Diesse, F. (2004). Les applications de l'article 1147 du Code civil de 1804 à 2004. *Revue générale de droit*, 34(3), 431–472. <https://doi.org/10.7202/1027286ar>

Article abstract

At the dawning of the 200th anniversary of the *French Civil Code*, the study of article 1147 is of a particular interest. It shows that time, rather than rendering it outdated, has on the contrary enriched its substance and span. Because article 1147 asserts itself as a background for the many new classifications of contractual obligations, its application, inspired by the conciliation of legal requirements and the fulfilment of the needs of contractual practice, is very innovative and rich in lessons. The article has allowed to set aside the legal deficiencies concerning the scope of allowed to set aside the legal deficiencies concerning the scope of contractual obligations and the settlement of the responsibility of that failing debtor. Because of this evolution however, the application of article 1147 could unfortunately weaken the scope of other articles of the *Civil Code* relating to contracts or cause their coherence to become frail.

Les applications de l'article 1147 du Code civil de 1804 à 2004*

FRANÇOIS DIESSE
Enseignant-chercheur
Avocat à la Cour, Paris, France

RÉSUMÉ

À l'heure du bicentenaire du Code civil français, l'étude de l'article 1147 présente un intérêt particulier. Elle laisse apercevoir que le passage du temps n'a pas, comme dans certains cas, conduit à son vieillissement, mais au contraire à l'enrichissement du sens et de la portée de ce texte. Son application inspirée par la conciliation des exigences juridiques et la satisfaction des besoins de la pratique contractuelle est très innovatrice et très riche d'enseignements. Car l'article 1147 s'impose comme fondement de plusieurs nouvelles classifications des obligations contractuelles. Il a permis de combler les lacunes juridiques relatives à l'étendue des obligations contractuelles et à la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur défaillant. De nature

ABSTRACT

At the dawning of the 200th anniversary of the French Civil Code, the study of article 1147 is of a particular interest. It shows that time, rather than rendering it outdated, has on the contrary enriched its substance and span. Because article 1147 asserts itself as a background for the many new classifications of contractual obligations, its application, inspired by the conciliation of legal requirements and the fulfilment of the needs of contractual practice, is very innovative and rich in lessons. The article has allowed to set aside the legal deficiencies concerning the scope of allowed to set aside the legal deficiencies concerning the scope of contractual obligations and the settlement of the responsibility of that failing

* Avec mes remerciements au professeur Christophe Jamin.

expansionniste, cette application de l'article 1147 risque malheureusement d'affaiblir la portée des autres dispositions du Code civil applicables au contrat ou de fragiliser leur cohérence.

debtor. Because of this evolution however, the application of article 1147 could unfortunately weaken the scope of other articles of the Civil Code relating to contracts or cause their coherence to become frail.

SOMMAIRE

Introduction.....	433
I. Avant Demogue : une lecture linéaire à finalité sanctionnatoire	442
A. L'imputabilité de l'inexécution au débiteur	442
1. Le fait du débiteur	442
2. L'exonération du débiteur.....	444
B. La condamnation au paiement des dommages et intérêts	446
1. Inexécution punissable et inexécution non punissable....	446
2. Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute ...	447
II. Avec Demogue : une lecture pragmatique à finalité probatoire ...	449
A. La naissance de la distinction des obligations de moyens et de résultat	449
1. L'origine doctrinale de la distinction.....	449
a) <i>La dissipation de la contradiction interne du Code civil</i>	450
b) <i>La source empirique de la distinction</i>	451
2. Critères et intérêts de la distinction	453
a) <i>Critères de la distinction</i>	453
b) <i>Intérêts de la distinction</i>	455
B. Le fondement de la distinction des obligations de moyens et de résultat	457
1. L'article 1147 : un fondement partiel de la distinction?...	457
2. L'article 1147 : un fondement autosuffisant	459
III. Après Demogue : une lecture téléologique aux finalités interprétative et normative	460
A. L'émergence de la fonction interprétative de l'article 1147	461
1. De la sanction de l'inexécution à l'appréciation du comportement des parties	461

2. La coexistence dans le contrat des obligations explicites et implicites	462
3. L'émergence d'une nouvelle classification des obligations contractuelles.....	464
B. L'aboutissement à un rôle normatif.....	466
1. L'article 1147 comme source d'obligations implicites.....	466
2. La réception de la fonction normative.....	468
Conclusion	471

INTRODUCTION

Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation en droit privé et sources en droit positif*, 2^e éd., t. II, LGDJ, 1954 (nouveau tirage), n° 185.

L'activité d'interprétation n'est, en réalité jamais neutre (...). Il est presque impossible d'interpréter sans créer, J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 154.

Faute d'être immuable comme l'avaient voulu les rédacteurs du *Code civil*¹, l'article 1147 arbore une apparente et trompeuse stabilité² qui, du reste, participe plus de celle du droit commun des contrats tourné depuis 1804 vers l'abstraction³ que de la pratique du droit de la responsabilité civile⁴.

1. G. CORNU, *Regard sur le titre III du livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »* (essai de lecture d'un livre du Code), Cours de DEA de droit privé, Paris, V, 1976. — Y. PICOD, *Obligations*, J.-cl. V^o Contrats et obligations, n° 1.

2. Comme bon nombre de dispositions du Titre III du Livre III du *Code civil* relatives aux contrats ou aux « obligations conventionnelles en général ».

3. Contrairement aux disciplines (droit du travail, droit de la consommation, etc.) qui se sont détachées de ce droit commun des contrats « la plupart des articles du code civil régissant la matière sont demeurés inchangés, échappant ainsi à l'épaisseur du temps, ce qui témoigne à la fois de leur solidité et de leur souplesse », Y. PICOD, *loc. cit.*, note, 1.

4. F. CHABAS, « Cent ans de responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 24 août 2000, doctrine, p. 2.

Trompeuse, la stabilité de cet article se limite à sa rédaction qui n'a jamais été modifiée, contrairement à son application qui a connu diverses transformations. En effet, dans sa mise en œuvre, le passage du temps de 1804 à nos jours a tellement remodelé la substance de l'article 1147 au gré des nécessités juridiques et des réalités socio-économiques que finalement ce texte n'a d'intangibles que ses belles lettres :

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

À l'origine, dans la pensée du législateur, cet article ainsi reproduit n'était que l'annonce de la sanction éventuelle qu'encourt le débiteur en cas d'inexécution des obligations contractuelles⁵. D'application *a posteriori*, il n'avait qu'une valeur sanctionnatoire. Ses rédacteurs ne lui avaient donc réservé qu'un rôle subsidiaire, de surcroît subordonné à trois conditions cumulatives : l'existence d'une obligation contractuelle incontestée, l'inexécution de celle-ci et l'absence de cause exonérant le débiteur.

Sous cette acception, il ne pouvait recevoir une application autonome détachée des obligations explicites dont il sanctionne l'inexécution. Ainsi, pendant longtemps, et en dépit de quelques évolutions constatées⁶, l'application de l'article 1147 se limitait à l'allocation des dommages et intérêts en cas d'inexécution fautive du contrat.

— Par la suite, dès le début du XX^e siècle, sous l'impulsion de la doctrine⁷, cet article est devenu la base de la dis-

5. Substantiellement, l'article 1147 est relatif à « la dette de dommages et intérêts » découlant de « l'inexécution de l'obligation » ou du « retard dans l'exécution », G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., LGDJ, 1995, n° 16, p. 19.

6. Poitiers, 1^{er} juillet 1841, S. 1841. 2. 622; D.P. 1842. 2. 104. Bastia, 21 déc. 1831, D. Rép., v° Obligation, n° 728. 2°.

7. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t.V, Paris, 1925, n° 1237; H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », RTD Civ., 1936, p. 1; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », JCP, 1945, I, 449.

inction des obligations de moyens et de résultat en raison de son intérêt pratique quant à la preuve de l'inexécution du contrat. Pour consolider cette finalité technique, on a proposé de placer dans l'article 1147 la source législative de cette distinction présentée dans son ensemble comme la *summa divisio* de toutes obligations⁸. Pourtant, rien dans la rédaction de ce texte ne laisse présager une telle fonction.

Ainsi, au rôle mécanique visant la sanction de certaines inexécutions du contrat s'est ajouté un rôle probatoire ayant une finalité technique permettant la distribution de la charge de la preuve et la définition de ses modalités⁹. Dans l'application de l'article 1147, cette superposition à la fonction sanctionnatoire originelle d'une fonction opportunément probatoire constitue une évolution considérable¹⁰.

— Enfin, l'article 1147 est devenu la source des obligations implicites destinées à renforcer les obligations principales des parties¹¹. La doctrine précise que la possibilité ainsi offerte à ce texte de donner naissance aux règles de droit résulte de « la fonction normative de la responsabilité civile [qui] s'est d'abord manifestée sous la forme d'une incitation à éviter les comportements socialement nuisibles, on s'aperçoit

8. H.L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3^e éd., t. 1, n° 103-2; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », JCP, 1945, I., 449 n° 2.

9. Ce rôle a été largement accueilli par les juges du fond qui déclarent à propos de l'obligation de résultat que « Aux termes de l'article 1147 C. civ., il n'incombe pas au créancier de l'obligation de rapporter la preuve d'une faute à la charge du débiteur, il lui suffit d'en prouver l'inexécution; mais le débiteur qui n'a pas satisfait à son obligation peut, de son côté, apporter la preuve d'une cause étrangère ou d'un cas de force majeure pour éviter une condamnation », Trib. Civ. Moulins, 2 juin 1954, Chauveau c. Petit (inédit).

10. Ce rôle permet d'adapter ce texte à la différence d'intensité des obligations incombant au débiteur, de répondre aux besoins d'équilibre des prestations entre les parties ou de justice contractuelle et de faire face à d'autres situations que le législateur n'avait pas connues et ne pouvait envisager.

11. Dans un arrêt bien connu, la Cour de cassation déclarait que le contrat entre « le médecin et son client » comportait pour le praticien l'engagement de « donner [au malade] les soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et [...] conformes aux données acquises de la science. La violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle », Civ., 20 mai 1936, D.P., 1936. I. 88, concl. MATTER, rapport JOSSERAND, note E.P.; S.1937. I. 321, note BRETON; Gaz. Pal. 1936. II. 41. Voir également *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 3^e éd. Librairie Dalloz, 1950, n° 89, p. 245.

aujourd'hui qu'elle revêt également un aspect positif consistant à assurer le respect des droits bafoués d'autrui »¹². L'article 1147 est ainsi érigé en fondement, parmi d'autres, des obligations implicites sous-jacentes à la nature particulière de chaque type de contrats.

Plus considérable encore que la fonction probatoire « inventée » par la doctrine, est la découverte par la jurisprudence des fonctions interprétatives et normatives de l'article 1147 : cette possibilité consistant à utiliser ce texte pour apprécier le comportement des contractants et leur imposer le cas échéant de nouvelles règles de conduite. Avec le souci de protection de la partie faible, cette possibilité a finalement, mais très implicitement, donné lieu à une nouvelle classification des obligations du débiteur en obligations principales et complémentaires, explicites et implicites¹³.

Sont donc accolés aux fonctions sanctionnatoire et probatoire déjà attribuées à ce texte, des rôles interprétatif et normatif¹⁴. L'article 1147 qui, d'essence, est d'application *a posteriori* (la sanction étant subordonnée à l'inexécution d'une obligation préexistante) devient aussi un texte d'application *a priori* en se muant en fondement juridique des obligations implicites imposées au débiteur. Il devient, en somme, la pierre angulaire de la responsabilité contractuelle, tant en ce qui concerne la preuve et la sanction de l'inexécution de l'obligation principale que pour ce qui est du fondement des obligations implicites du débiteur.

Il en résulte différentes lectures de nature pragmatique et téléologique s'ajoutant à l'acception linéaire prévue à l'origine par le législateur¹⁵. Cette possibilité d'avoir plusieurs

12. G. VINEY, *Traité de droit civil ...*, op. cit., note 5, n° 39, p. 64.

13. Voir les annotations faites sous l'article 1147 dans le *Code civil*, Éd. Dalloz.

14. Les conséquences de cette nouvelle forme de lecture sont considérables. Celle-ci contribue à l'évolution du rôle du juge : l'office du juge (la répartition des rôles entre lui et les parties) autrefois exprimée sous la forme « à l'un le droit, aux autres, les faits » cesse d'être absolue. S'en trouvent également modifiées la charge et les modalités de la preuve.

15. Plutôt que de s'en plaindre, il convient de voir dans ces différentes interprétations, « Toute la loi, dans son esprit aussi bien que dans sa lettre avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi », cité L. HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », in *L'interprétation dans le droit*, Arch. de phil. du droit, t. 17, p. 117 et suiv.

lectures du même texte s'expliqueraient par le fait que le législateur français n'impose au juge en droit des contrats aucune règle d'interprétation de nature impérative¹⁶, contrairement à certains systèmes juridiques étrangers¹⁷.

Ces mutations inspirées chacune par des objectifs juridiques différents sont très importantes même si elles n'ont pas conduit à réécrire l'article 1147. Néanmoins, se posent plusieurs questions auxquelles la doctrine a parfois tenté d'apporter réponse¹⁸. Le pouvoir normatif du juge résultant des applications de l'article 1147 soulève lui aussi d'autres questions qui transcendent le droit des contrats et qui sont liées à la méthode d'interprétation, à l'interdiction des arrêts de règlement et au principe de la séparation des pouvoirs.

En effet, bien qu'en matière d'interprétation, notre droit des contrats exprime actuellement le rejet catégorique¹⁹ de « la

16. Dans les articles 1156 et suiv. du *Code civil*, il se limite à lui indiquer quelques directives d'interprétation.

17. Voir *Australian Interpretation Act, 1901*; *Interpretation Act de 1889* mod. par *Interpretation Act*, du 20 juillet 1978 (en Grande-Bretagne); *Canadian interpretation Act, 1967-1968*; *US Uniform Commercial Code*, sect. 4, § 4; art. 13 et suiv. C. civ. louisianais; art. 41, 41.1 et 41.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16.

18. Certains se demandent si cette mutation est la conséquence en matière contractuelle d'un droit de la responsabilité « défigurée » et « transfigurée » (G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », *Responsabilité civile et assurances*, n° 6 bis, juin 2001, hors série, p. 10s). On se demande également comment expliquer le décalage entre ses applications actuelles et la lecture initialement prévue par le législateur. Cet article est-il encore à sa place dans le *Code civil*? Ne relève-t-il pas désormais en pratique plutôt des « dispositions générales » au même titre que les articles 1134 et 1135? L'article 1147 ne serait-il pas devenu un simple support servant à combler les lacunes du droit, à l'adapter à la pratique contractuelle, et donc jouant un rôle de rajeunissement et de modernisation perpétuelle d'un droit des contrats vieux de presque deux cents ans? Ces différentes applications ont-elles participé aux débats doctrinaux actuels à propos de la responsabilité contractuelle? Sur ces débats, voir P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, 1998, p. 65 suiv.; PH. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD Civ.*, 1997, p. 323 suiv.; E. SAVAUX, « La fin de responsabilité contractuelle? », *RTD Civ.*, 1999, p. 1 suiv.; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD Civ.*, 1994, p. 223 suiv.; C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD Civ.*, 1999, p. 561; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921 suiv.

19. On trouve la trace de cette théorie dans l'article 5, titre V, livre préliminaire du *Code civil* français dont le projet a été abandonné.

théorie du texte clair»²⁰ appliquée par certains systèmes juridiques étrangers²¹, les premières applications de l'article 1147 semblent se caractériser par une lecture fidèle à la lettre de ce texte. Car, disait-on, l'interprétation scientifique doit se contenter de dégager les significations possibles des normes juridiques²², la loi étant complète et suffisante par elle-même et le juge devant rester fidèle à la loi, n'a aucune liberté créatrice²³.

Cette « fidélité à la lettre du texte » qui a dominé la mise en œuvre de l'article 1147 jusqu'à la fin du XIX^e²⁴ avait pour tremplin les méthodes d'interprétation intrinsèque dont la méthode exégétique²⁵ et la méthode dite « dogmatique ou synthétique »²⁶. Cette doctrine avait été très vite abandonnée

20. Cette théorie consacrée par certains auteurs allemands, admise en droit anglais et énoncée dans certains codes étrangers (voir article 13 C. civ. lousianais; art. 41, 41.1 et 41.2, *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16; art. 1^{er} C. civ. Suisse, etc.) est fondée sur l'idée que la plupart des textes sont clairs et précis et de ce fait, doivent être appliqués tels quels, sans interprétation, celle-ci ne devenant possible que lorsque le texte est obscur, imprécis ou ambigu. Sur sa critique, voir par exemple J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 233 et suiv. (pour qui cette doctrine « méconnaît les exigences inéluctables de l'application des dispositions générales à des faits particuliers, si bien qu'elle dissimule les choix véritables de l'interprète entre les divers sens d'un terme ou d'une disposition »); M. VAN de KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publ. Fac. Univ. Saint-Louis, 1978, p. 13 et suiv. (qui dénonce son inexactitude, son caractère artificiel et utopique).

21. Voir M. VAN de KERCHOVE, *op. cit.*, note 20.

22. J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 20, p. 235.

23. Cette méthode d'interprétation issue de la doctrine positiviste et influencée (pendant presque un siècle après la codification) par la lointaine théorie jacobine du règne de la loi défend le rôle infaillible de cette dernière et fait du juge un simple porte-parole de celle-ci. (Voir Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. française de C. EISENMAN, Dalloz, 1962, p. 462; P. HÉBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », RCDIP, 1968, p. 207, n° 1).

24. Cette date correspond à la période de la remise en cause de la méthode exégétique par F. Gény.

25. « Faire l'exégèse des textes, c'est rechercher leur signification et leur portée par la seule analyse de ces textes eux-mêmes à l'aide, au besoin, des travaux préparatoires » (B. STARCK, *Droit civil. Introduction générale*, Litec, n° 129 et suiv., 5^e éd. par H. ROLAND, H. BOYER, 2000, n° 282 suiv.). Cette méthode fondée sur le postulat de la suffisance et de la complétude de la loi écrite se caractérise, en effet, par une interprétation littérale ou grammaticale des textes, complétée le cas échéant par des méthodes d'interprétation « logique » et « psychologique », cette dernière étant fondée sur la recherche de l'intention du législateur (J.-L. BERGEL, *op. cit.*, note 20, p. 237).

26. Selon cette méthode, en matière d'interprétation de la loi « le procédé le plus sûr sera toujours d'interpréter le *Code Napoléon* par lui-même », C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, Cosse, 4^e éd., t. 1, p. 130 et suiv.

parce qu'elle est contraire à l'esprit du *Code civil* qui attribue implicitement au juge, à côté de son pouvoir d'interprétation²⁷, la possibilité de créer le droit dans certaines circonstances (art. 4 C. civ.) et parce qu'elle ignore totalement le caractère changeant et imprévisible des faits socio-économiques.

Par ailleurs, le centenaire du *Code civil* avait inspiré chez certains juristes comme François Géný et René Demogue une vision plus libérale du droit caractérisée par la nécessité d'adapter les textes aux exigences de la vie moderne. À côté des méthodes conduisant à une lecture trop étroite de la loi, ces auteurs ont développé une méthode d'interprétation épousant le temps et mettant en exergue une application « dynamique » du *Code civil* : « Par le Code civil, mais au-delà du Code civil », proclamait F. Géný²⁸. Le juge appliquant la loi, « s'en sert et s'en inspire, dans toute la mesure du possible (...) avec un rôle actif qui est le fondement direct de l'autorité de sa décision »²⁹.

Cette lecture « pragmatique » épouse nettement le sens de l'article 4 du *Code civil* qui oblige le juge à créer le droit en cas de « silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », l'investissant ainsi du pouvoir de créer des règles juridiques. Par rapport à ce texte, se pose alors la question de savoir ce qui (silence, obscurité ou insuffisance), dans l'article 1147 justifie la création des obligations implicites.

La réponse à cette question semble avoir varié dans le temps. Les premières applications de l'article 1147 fidèles à sa lettre et visant la sanction de l'inexécution du contrat permettaient d'affirmer avec certitude qu'il s'agit d'un texte clair, précis et suffisant. Mais, depuis la découverte par Demogue de la fonction probatoire et l'émergence de son rôle normatif, cet article s'est révélé silencieux, notamment sur la différence d'intensité des obligations dont l'exécution est attendue. Il s'est révélé également, aux yeux du juge, obscur quant à l'étendue des obligations contractuelles et, finalement aussi,

27. J.-F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 154.

28. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation en droit privé et sources en droit positif*, 1^{re} éd., 1899, LGDJ, 2^e éd., 1954 (nouveau tirage), n° 185.

29. P. HÉBRAUD, *op. cit.*, note 23, p. 207, n° 1.

insuffisant dès lors qu'il semble ne pas prendre en considération les obligations inhérentes à la qualité des parties, à la nature ou à l'environnement du contrat. D'où l'intervention du juge pour combler ses lacunes³⁰.

Ces applications de l'article 1147 montrent très clairement comment les textes peuvent changer ou se charger de sens et de portée en fonction des besoins du moment. Elles établissent le fait que « lorsque le droit évolue, c'est toujours que l'on veut atteindre un résultat déterminé. La construction juridique n'est qu'un moyen de satisfaire certains intérêts, jugés légitimes, que les règles antérieurement en vigueur sacrifiaient »³¹. Il peut s'agir aussi d'intérêts légitimes nouveaux, résultant d'une évolution de la société et que le maintien des règles anciennes risquerait d'occulter³².

Au demeurant, l'article 1147 qui constitue avec d'autres articles³³ le droit commun de la responsabilité contractuelle³⁴ n'est que d'une apparente clarté : sous ses diverses applications, il cache plus de choses qu'il ne révèle. Il recèle plusieurs fonctions juridiques qu'une lecture linéaire ne peut contenir et qui contribuent toutes à consolider les bases de la responsabilité contractuelle³⁵.

Ces différentes fonctions de l'article 1147 se sont opérées sans véritable mise en cause de ce texte qui eut pu émaner de la doctrine conservatrice lasse de clamer le « déclin », la « crise », la « mort » du contrat, mais toujours réfractaire pour annoncer ses funérailles ou au contraire proclamer sa résurrection. En réalité, l'adhésion des uns ou l'indifférence des autres aux mutations de ce texte s'expliquerait par le fait que ces différentes applications sont le résultat, non pas d'une

30. Les différentes lectures de l'article 1147 ont ainsi accompagné l'évolution du rôle du juge de dire le droit par rapport à la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs.

31. J. FLOUR, J. L. AUBERT, *Droit civil, Les obligations. Vol. II — Sources — Le fait juridique*, Coll. U. A. Colin, 1981, n° 1, p. 263 suiv.

32. L'un des intérêts essentiels d'admettre, en matière contractuelle, la responsabilité objective est de permettre l'émergence et la sanction des obligations qui découlent implicitement de la nature particulière du contrat et de présumer que le dommage subi par le créancier est lié à l'activité du débiteur.

33. Notamment les articles 1136 et suiv. et 1146 et suiv.

34. Dans ce sens voir C. LARROUMET, *Droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*, 3^e éd., Economica, 1996, p. 601, n° 602.

35. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, p. 602, n° 602.

révolution juridique, mais l'aboutissement d'une lente et progressive évolution du droit suscitée par la pratique contractuelle.

Toutefois, d'autres explications peuvent aussi être recherchées tant du côté de la théorie générale des obligations que dans les considérations propres à l'article 1147. Du côté du droit des obligations, il convient d'observer que la jurisprudence a su accompagner l'adaptation du droit des contrats dans le temps³⁶ en ressuscitant dans certains cas « de nombreuses dispositions vieilles ou endormies » et, dans d'autres, grâce à « la découverte de nombreuses obligations implicites et l'intensification de certaines obligations [et qui] témoignent de la vitalité de cette interprétation créatrice [...] »³⁷.

C'est ainsi que, et vu du côté de l'article 1147 lui-même, ce texte a reçu de 1804 à nos jours plusieurs interprétations particulièrement intéressantes dans l'ensemble comme dans chacune d'elles. De façon générale, en effet, l'évolution des différentes applications de l'article 1147 ne s'est pas faite par « érosion » ou éviction, mais par « sédimentation » ou « superposition »³⁸. Quant aux diverses interprétations prises isolément, il convient de rappeler qu'elles procèdent de sources différentes et sont animées par des finalités complémentaires.

En somme, l'application dans le temps de l'article 1147 a accompagné l'évolution de la pensée juridique depuis 1804 et la métamorphose économique et sociale du contrat. Avant les travaux de René Demogue, cette application se bornait à faire une lecture grammaticale par fidélité à la lettre du texte et conduisait uniquement à sanctionner l'inexécution fautive du contrat. Avec et grâce aux travaux de Demogue, cet article a connu une

36. Derrière cette action jurisprudentielle on discerne en filigrane des « intérêts pratiques de sécurité, de prévisibilité, de bonne foi, de confiance, de crédit, toutes préoccupations relevant de l'individuel et du social » que le *Code civil* a toujours cherché à satisfaire (F. TERRÉ, in *L'obligation*, Arch. Phil. droit, Dalloz, t. 44, 2000, p. 9).

37. Y. PICOD, *op. cit.*, note 1, n° 1.

38. Les nouvelles applications n'ont pas effacé les précédentes afin de s'imposer en lieu et place. Bien au contraire, elles se sont développées en marge des précédentes sans les vilipender, mais simplement en remplissant le vide juridique laissé par les applications en vigueur.

première transformation en jouant, à côté de sa fonction mécanique de sanction, un rôle technique important dans la preuve de l'inexécution du contrat. Aujourd'hui, et donc après Demogue, cet article est utilisé par la jurisprudence comme un texte ayant des fonctions interprétative et normative.

Ainsi, de sa rédaction à nos jours, l'article 1147 a accumulé différentes lectures qui lui ont été conférées respectivement avant (I), avec (II) et après (III) les travaux de René Demogue.

I. AVANT DEMOGUE : UNE LECTURE LINÉAIRE À FINALITÉ SANCTIONNATOIRE

À la lecture, l'article 1147 n'aurait qu'un seul but : sanctionner l'inexécution du contrat (B) imputable au débiteur (A).

A. L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION AU DÉBITEUR

Les premières applications limitées à la lettre de l'article 1147 se bornaient à vérifier que l'inexécution est due au fait du débiteur (1) et, dans le cas contraire, à l'exonérer de toute responsabilité (2).

1. Le fait du débiteur

Dans l'ancien droit, la responsabilité contractuelle du débiteur était déjà, en dépit de sa complexité, subordonnée à sa faute³⁹. Il en résultait un régime variable selon les contrats et les obligations, y compris dans le même contrat⁴⁰.

39. A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Dalloz, 1932, n° 76, p. 69; A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. 13, Paris, 1827, p. 321; POTHIER, *Traité des obligations*, Œuvres, t. 1, Paris — Orléans, 1781, n° 142, p. 61s; TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code civil* (...), t. 1, Paris, 1834, n° 363, p. 577; K. S. ZACHARIAE par G. MASSÉ, Ch. VERGÉ, *Le droit civil français*, Paris, 1857, t. 3, § 548, p. 399; J. M. BOILEUX par F. F. PONCELET, *Commentaire sur le code civil*, t. 3, p. 502; J. F. TAULIER, *Traité raisonné du code civil*, t. 4, Paris, (1840-1848), p. 294 suiv.

40. L'ancien droit, appliquant en matière de responsabilité contractuelle la théorie dite de la « prestation des fautes » proposait une graduation allant de la faute la plus grave qui est intentionnelle ou dolosive (*culpa lata*), à la faute très légère que ne commettrait pas le débiteur le plus diligent (*culpa levissima*), en passant par la faute légère, celle que ne commettrait pas un débiteur normalement diligent (*culpa levis*).

Avec le *Code civil*, cette faute réside dans le fait de ne pas exécuter son contrat ou dans son comportement apprécié par rapport au fait qui est à l'origine de l'inexécution⁴¹. Le législateur de 1804, en énonçant que « le débiteur est condamné [...] soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution »⁴² et pour « sa mauvaise foi », a rejeté le système très complexe de la graduation des fautes et n'a retenu comme fondement de la responsabilité contractuelle que « l'inexécution fautive du contrat »⁴³. Selon les rédacteurs de ce texte, « l'effet ultérieur et juste est de soumettre le débiteur aux dommages et intérêts [au profit] du créancier »⁴⁴, puisque « Le fait imputable au débiteur contractuel qui n'exécute pas son obligation est envisagé sous l'angle de la faute »⁴⁵.

Jusqu'au début du XX^e siècle la doctrine avait compris que l'article 1147 « constitue une présomption de faute à l'égard du débiteur qui n'a pas exécuté ou qui est en retard »⁴⁶, que la preuve de la faute du débiteur est nécessaire pour justifier une demande en dommages et intérêts, quitte au débiteur d'établir qu'il est dans l'impossibilité absolue d'exécuter l'obligation⁴⁷.

Limitées à une lecture littérale, les premières décisions appliquant l'article 1147 se bornaient à vérifier que l'on est en présence d'une inexécution fautive pour allouer au créancier

41. Voir C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, p. 605, n° 605.

42. À titre de droit comparé, l'article 1994 du Code civil de Louisiane est à cet égard plus précis. Après avoir prévu que le « débiteur est responsable des dommages par son manquement à exécuter une obligation contractuelle », il ajoute que ce manquement peut résulter « de l'inexécution, de l'exécution défectueuse ou du retard dans l'exécution ».

43. Depuis la discussion devant le parlement lors des travaux préparatoires, cette expression englobe le « défaut d'exécution des unes et des autres obligations » du débiteur et le « retard » dans l'exécution de celles-ci (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIII*, p. 420). Elle peut s'entendre au sens restreint, isolé des autres cas de défaillances contractuelles, comme au sens large. Ce dernier sens est, en dépit de ce que laisse croire la lettre de l'article 1147, celui prévu dès l'élaboration du *Code civil*.

44. P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome XIII*, p. 420.

45. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, n° 604.

46. Voir C. AUBRY, C. RAU par E. BARATIN, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 4, Paris, p. 104 § 308; M. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV du livre III du code civil*, t. 2, Paris, 1885, article 1147, n° 5.

47. *Op. cit.*, note 46.

des dommages et intérêts⁴⁸. Étant précisé que dans le cadre de cette application, la preuve d'une cause étrangère n'avait d'autre effet que de démontrer l'absence de faute, celle-ci devenant « un élément constant de la responsabilité »⁴⁹. Cependant, « contrairement aux apparences qui résultent d'une lecture littérale de l'article 1147 du *Code civil*, il ne suffisait pas pour condamner le débiteur à des dommages et intérêts de constater que l'inexécution de l'obligation était imputable à son activité, encore fallait-il que cette activité fut fautive »⁵⁰.

Si cette lecture a le mérite d'être simple et claire, elle reste cependant muette sur l'appréciation de l'inexécution du contrat. En effet, celle-ci doit-elle s'apprécier par rapport à la parole donnée par le débiteur ou, au contraire, par rapport à l'attente légitime du créancier⁵¹? Autrement dit, l'inexécution doit-elle absolument résulter du manquement par le débiteur à sa promesse ou doit-on considérer que toute insatisfaction du créancier serait constitutive d'une inexécution fautive du débiteur⁵²?

Il demeure que, au sens littéral, l'article 1147 n'autorise la condamnation du débiteur que dans les cas où l'inexécution lui est imputable. Son fait doit être établi pour pouvoir justifier son obligation de réparer le préjudice subi par le créancier et il peut être exonéré de sa responsabilité en établissant l'impossibilité d'exécuter son obligation⁵³.

2. L'exonération du débiteur

Déjà, avant le *Code civil*, l'exonération du débiteur était exceptionnelle⁵⁴. Dans l'article 1147 le législateur n'a, lui

48. Poitiers, 1^{er} juillet 1841, S. 1841. 2. 622; P.46.1. 165; D.P. 42. 2. 104, D. Rép., V^o Offices, n^o 66. — Bastia, 21 déc. 1831, D. Rép., v^o Obligation, n^o 728.2^o.

49. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, n^o 604.

50. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, n^o 605.

51. C'est l'orientation que semble suivre le Code fédéral suisse (article 97) lorsqu'il dispose que « lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ».

52. À l'inverse de l'ancien droit, la jurisprudence suivant le *Code civil*, s'est orientée vers l'interprétation *in abstracto* fondée sur l'idée que « Commettre une faute, c'est se comporter comme ne l'aurait pas fait un homme raisonnable et non pas se comporter en fonction de ses aptitudes personnelles » (C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, n^o 605).

53. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 46, n^o 5.

54. Les causes les plus connues furent les cas de force majeure, la mort non fautive de l'esclave ou sa fuite (la disparition de l'objet du contrat), l'incursion de brigands ou d'ennemis (le fait d'un tiers), l'incendie (un cas fortuit) (GAUJUS, Dig., XIII, 6, 18).

aussi, admis cette exonération que de façon très limitative⁵⁵. Car, elle doit résulter de l'impossibilité « absolue »⁵⁶ de s'exécuter. La responsabilité du débiteur ne peut être retenue lorsque « l'inexécution ou le retard dans l'exécution résulte d'une cause étrangère, d'une force majeure ou d'un cas fortuit »⁵⁷.

Pour bien appréhender cette notion de « cause étrangère »⁵⁸, il faut s'en référer aux travaux préparatoires qui précisent que cette excuse ne se réduit pas au seul cas de force majeure, qu'il ne suffit pas non plus qu'une « cause soit étrangère au débiteur pour justifier »⁵⁹ le défaut d'exécution ou le retard⁶⁰ et que cette excuse ne concerne que le cas où la cause étrangère au débiteur ne peut lui être imputée : « il serait injuste de le rendre responsable de l'impossibilité absolue »⁶¹. Par exemple, le débiteur « ne sera pas tenu si, ayant à sa disposition la chose vendue, des obstacles, qu'il ne dépendait pas de lui de faire cesser, l'ont empêché de la livrer dans le délai convenu »⁶².

Avec le temps, cette conception des causes d'exonération ayant prévalu au moment de la rédaction de l'article 1147 s'est trouvée très vite dépassée par les évolutions techniques. Il faut en effet rappeler que ce texte est élaboré « à une époque où le machinisme et ses conséquences imprévisibles n'existaient pas »⁶³ et où il était « possible de savoir avec certitude ce qui avait contraint un débiteur à abandonner la tâche promise, [et] facile de prouver l'absence de faute en

55. L'article 1147 ne vise, en effet, que la « cause étrangère qui ne peut lui être imputée », c'est-à-dire, selon les auteurs, « tous les événements indépendants de la volonté du débiteur », à savoir la faute du créancier, la faute d'un tiers, un cas fortuit ou de force majeure (A. COLIN, H. CAPITANT, *op. cit.*, note 39, n° 80s, p. 72s).

56. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 46, n° 5.

57. P. A. FENET, *op. cit.*, note 39, p. 420.

58. Les causes étrangères qui rendent ainsi l'inexécution non imputable au débiteur sont classiquement, et selon l'article 1148, la force majeure, le fait d'un tiers et celui du créancier de l'obligation inexécutée.

59. M. REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely), in P. A. FENET, *op. cit.*, note 39, p. 55.

60. P. A. FENET, *op. cit.*, note 39, p. 55 et suiv.

61. M. BIGOT-PRÉAMENEU, in P. A. FENET, *op. cit.*, note 39, p. 56.

62. In P. A. FENET, *op. cit.*, note 39, p. 56.

63. J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, thèse, Paris, 1962, p. 13, n° 22.

établissant l'existence d'obstacles variés qui avaient pu se présenter »⁶⁴ à lui.

Avec le changement de contexte, il devenait stérile de rechercher dans le passé les solutions du présent, et artificiel de prêter au législateur l'intention purement fictive de régler ce qu'il ne pouvait prévoir. D'où la limite de la méthode exégétique utilisée jusqu'alors et l'ouverture de notre droit positif à la « libre recherche scientifique »⁶⁵ comme autre méthode d'interprétation de l'article 1147. Désormais, même en gardant les mêmes causes d'exonération, la défaillance du débiteur ainsi que sa responsabilité contractuelle seront perçues autrement.

B. LA CONDAMNATION AU PAIEMENT DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Dans cette mise en œuvre de l'article 1147, toute inexécution du contrat ne conduit pas *ipso facto* à la sanction du débiteur (1), laquelle peut cependant se passer de l'existence d'une faute de sa part (2).

1. Inexécution punissable et inexécution non punissable

L'inexécution du contrat ne suffit pas pour condamner le débiteur. Il est couvert lorsqu'il peut justifier « que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée » (art. 1147). Seule l'inexécution fautive peut conduire à sa responsabilité contractuelle.

L'article 1147 devient ainsi implicitement la base de la distinction de l'inexécution punissable et de celle non punissable, avec pour ligne de démarcation la preuve du « fait du débiteur »⁶⁶. Car avec cette application linéaire, le fait qu'une

64. *Op. cit.*, note 63.

65. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation en droit privé et sources en droit positif*, 1^{re} éd., 1899, LGDJ, 2^e éd., 1954 (nouveau tirage).

66. Certains droits étrangers contiennent des dispositions identiques à l'article 1147 du *Code civil* français. C'est le cas du BGB qui oppose l'impossibilité d'exécuter qui ne requiert pas la faute et qui résulte, comme chez nous, d'une cause étrangère (§275) à l'inexécution fautive (§276) due à la faute intentionnelle ou à la négligence.

inexécution ne puisse conduire à la sanction ne dépend pas du degré de la faute commise par le débiteur⁶⁷, mais se détermine par rapport à l'existence ou non d'une faute qui lui est imputable, aussi légère soit-elle.

Quant à l'appréciation de l'inexécution du contrat au regard de cette lecture littérale, elle se faisait uniquement par rapport à la promesse faite par le débiteur. Il en résultait une acception restrictive de la notion de faute prise de surcroît comme la condition péremptoire de la responsabilité contractuelle⁶⁸.

Avec la difficulté de prouver la faute, on a fini par reconnaître « que l'article 1147 du *Code civil* permettrait [...] de considérer qu'il n'appartiendrait pas au créancier de prouver la faute du débiteur, celle-ci étant présumée du seul fait de l'inexécution ou du retard dans l'exécution. La preuve d'une cause étrangère constituerait le moyen de renverser la présomption de faute »⁶⁹ et par conséquent de rendre l'inexécution du contrat non punissable.

Par ailleurs et afin de simplifier la mise en œuvre de la responsabilité, la jurisprudence a progressivement déplacé le centre de gravité de l'article 1147 de la faute du débiteur vers le préjudice subi par le créancier, avec l'assouplissement de l'exigence d'un lien de causalité entre le préjudice et l'inexécution⁷⁰.

2. Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute

Le législateur avait abandonné le système de la graduation des fautes de l'ancien droit, mais avait maintenu

67. En effet, « en précisant que la mauvaise foi du débiteur n'est pas nécessaire, l'article 1147 permet de supposer que la faute non volontaire ou légère est suffisante pour engager sa responsabilité, la mauvaise foi correspondant à la faute dolosive, c'est-à-dire la volonté ou la conscience de causer un dommage à autrui en acceptant délibérément de ne pas exécuter l'obligation à laquelle on est tenu », C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34.

68. « Il n'y aurait pas de responsabilité contractuelle sans la faute du débiteur », parce que, ajoute-t-on, « en droit français [...] le texte fondamental en matière de responsabilité contractuelle, l'article 1147 peut fort bien être interprété comme exigeant la faute comme condition de la responsabilité du débiteur contractuel » (C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34).

69. *Op. cit.*, note 34, n° 604.

70. Voir T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7, n° 142; G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité des obligations*, 2^e éd., t. 1, n° 452.

la conception subjective de la responsabilité contractuelle à côté de laquelle sera admise plus tard l'hypothèse d'une responsabilité sans faute.

Avec le temps, la faute du débiteur a progressivement cessé d'être la condition péremptoire de sa responsabilité, l'application de l'article 1147 ayant été étendue aux cas de responsabilité contractuelle sans faute du débiteur⁷¹. La responsabilité objective prévue par le *Code civil* pour certains types de contrats⁷² seulement a ainsi été étendue à travers l'article 1147 à la théorie générale des contrats.

Cette admission de la responsabilité objective à côté de la responsabilité subjective marquait la première évolution de l'article 1147 qui restait cependant enfermée dans une lecture linéaire signifiant, à cette époque, uniquement que le débiteur coupable de l'inexécution doit être « condamné ... au paiement de dommages et intérêts » et parallèlement, le créancier victime de cette défaillance contractuelle « obtiendra [du débiteur] une somme d'argent ayant pour objet de compenser l'inexécution »⁷³.

Ainsi, sans abandonner la thèse de la responsabilité subjective, la jurisprudence a admis dès le début de la révolution industrielle la possibilité d'une « responsabilité objective, ou de plein droit, c'est-à-dire la responsabilité qui peut être retenue même si le débiteur de la réparation n'a pas commis de faute à l'origine du dommage qui lui est imputable »⁷⁴. Cette admission opère un glissement au niveau de l'imputabi-

71. Auparavant pour engager la responsabilité éventuelle du débiteur le juge se limitait à l'exigence d'une faute avérée de ce dernier (— Poitiers, 1^{er} juillet 1841, *op. cit.*; — Bastia, 21 déc. 1831, *op. cit.*; — Req., 4 juillet 1882, D.P. 1882. I. 353-357. voir également, Nancy, 8 mai 1894, D.P. 1896. II. 259; Civ., 27 juin 1939, DC. 1941. 53, note Nast.; — Civ., 13 juillet 1949. D.1949. 423). Avec le progrès technique, il a d'abord admis l'idée de la faute présumée du seul fait de l'inexécution (Cass., 16 mars 1885, S. 1888. I. 163; P. 1888. I. 384; D.P. 1886. I. 36. — Lyon, 13 juin 1894, S. et P. 1896. II. 147; D.P. 1895. II. 292. — 5 mars 1900, S. et P. 1900. I. 358; D.P. 1900. I. 465) et ensuite a décidé de se placer du côté du créancier pour définir la satisfaction escomptée par ce dernier (Civ., 20 mai 1936, D.P. 1936. I. 88, concl. MATTER, rapport JOSSERAND, note E.P.; S.1937. I. 321, note BRETON; Gaz. Pal., 1936, II, 41).

72. À propos de ces contrats, voir les articles 1792 (responsabilité des constructeurs), 1953 (responsabilité des hôteliers), 1733 (responsabilité du preneur à bail), etc.

73. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, p. 598, n° 599.

74. *Op. cit.*, note 34, n° 599.

lité et au niveau de l'appréciation de l'inexécution⁷⁵ : dans certains cas, la responsabilité se passe de la faute, se dirige vers le dommage et de celui-ci vers la réparation.

Par ailleurs, avec la responsabilité objective, on passe de la promesse (non tenue) du débiteur à la satisfaction (non obtenue) du créancier et de celle-ci à la notion de défaillance contractuelle : cette dernière expression s'appréciant par rapport aux particularités de chaque contrat et parfois indépendamment du « fait du débiteur » et se traduisant par un intérêt probatoire certain. Par suite, la distinction de la responsabilité subjective et de la responsabilité objective ne serait donc que la traduction sur le terrain de la sanction de la distinction des obligations (de moyens et de résultat) mise en évidence par la doctrine.

II. AVEC DEMOGUE : UNE LECTURE PRAGMATIQUE À FINALITÉ PROBATOIRE

De la possibilité technique de faire intervenir l'article 1147 en amont de la condamnation pour établir l'inexécution du contrat, est née en doctrine une nouvelle classification des obligations (A), à côté de celles prévues par le *Code civil*⁷⁶ dont le fondement est diversement situé (B).

A. LA NAISSANCE DE LA DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RÉSULTAT

Le *Code civil* est muet sur cette distinction proposée pour la première fois par René Demogue⁷⁷ (1) et dont l'intérêt pratique a très vite séduit la jurisprudence (2).

1. L'origine doctrinale de la distinction

Pour une partie de la doctrine, cette distinction serait née du souci de dissiper la contradiction interne du *Code civil*

75. Avec ou sans faute qui lui est imputable, le débiteur peut devoir au créancier réparation du dommage subi par ce dernier. La cause extérieure reste cependant toujours la limite à cette responsabilité objective du débiteur.

76. Voir par exemple l'article 1101 qui distingue les obligations de donner, de faire et de ne pas faire.

77. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, p. 47, n° 51; PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, *Les obligations*, Cujas, Paris, 6^e éd., 1995, n° 814-815.

(a) alors que pour l'autre, elle résulterait de la démarche empirique appliquée par Demogue à la lecture de l'article 1147 (b).

a) La dissipation de la contradiction interne du Code civil

La distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens aurait été introduite dans notre droit par R. Demogue avec pour finalité de concilier les articles 1137 et 1147⁷⁸.

Respectivement, ces deux textes disposent que :

L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. (Article 1137 C. civ.)

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. (Article 1147 C. civ.)

À propos de l'article 1137, la règle énoncée dans le 1^{er} alinéa, selon un auteur, se réclame de portée générale⁷⁹ et le 2^e alinéa est « l'aveu implicite que ce texte constitue le droit commun »⁸⁰. Quant à l'article 1147, il prévoit que le débiteur ne peut être exonéré que s'il prouve « une cause étrangère » qui serait à l'origine de l'inexécution de son contrat. Autrement dit, la preuve de la conduite diligente du débiteur n'est pas libératoire, contrairement à l'article 1137 qui entend soumettre cette responsabilité à l'existence d'une faute qui lui est

78. Y. PICOD, *op. cit.*, note 1, n° 1.

79. Cette affirmation doit, à notre avis être nuancée, car dans son sens littéral, ce texte serait applicable uniquement aux contrats comportant obligation de conserver une chose.

80. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 22, n° 36.

imputable⁸¹. On en conclut que la théorie des obligations dans le *Code civil* comporte une contradiction interne incarnée par ces deux articles⁸² qui semblent apporter des solutions contradictoires sur la question de la charge de la preuve de l'inexécution⁸³.

La doctrine en conclut que « c'est pour expliquer cette dualité qu'a été proposée par Demogue la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens »⁸⁴. Par suite, cette contradiction entre les deux articles et le souci de les concilier seraient ainsi historiquement à l'origine de la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens. L'origine empirique de cette distinction n'est cependant pas moins convaincante.

b) La source empirique de la distinction

La distinction proposée par Demogue, consacrée par la jurisprudence et approuvée par la doctrine⁸⁵ n'est pas née *ex nihilo*. Elle est en vérité le résultat d'une étude empirique de la pratique des contrats. En effet, à l'époque où Demogue a formulé sa célèbre distinction, il « s'appuyait sur une jurisprudence

81. Certains auteurs avaient proposé de rechercher « dans les termes mêmes des articles 1137 et 1147 » le moyen de leur « conciliation » et avaient abouti à la conclusion que « le premier de ces deux textes (article 1137) ne vise qu'une obligation déterminée : celle de veiller à la conservation d'un corps certain, [alors que], au contraire, l'article 1147 est bien plus large, il concerne toutes les obligations autres que les précédentes », à savoir les obligations de « transférer la propriété des choses indéterminées [...], d'accomplir une prestation [...], de s'abstenir de faire quelque chose » (A. COLIN, H. CAPITANT, *op. cit.*, note 39, n° 79, p. 71s).

82. Dans ce sens, voir A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, note 39, n° 77-79, p. 70-72.

83. Cette « contradiction interne » vient de ce que, l'article 1137 en obligeant le débiteur à se comporter en « bon père de famille » fait peser sur le créancier la charge de prouver l'absence de diligence du débiteur, tandis que l'article 1147 impose au débiteur, en cas d'inexécution du contrat, d'établir l'existence d'une cause extérieure pour s'exonérer.

84. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, n° 605.

85. J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, LGDJ, 1965; F. MAURY, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligation de résultat », *RRJ*, 1998, 1243; H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD Civ.*, 1936, p. 1; A. PLANCQUEEL, « Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution », *RTD Civ.*, 1972, p. 334; PH. LE TOURNEAU, J.-CL. Civ., *Obligations de moyens et de résultat*, fasc. 20 art. 1136 à 1145; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP*, 1945, I, 449.

volumineuse et sur des textes vieux de plus d'un siècle »⁸⁶. L'étude de la pratique contractuelle serait donc à l'origine de cette distinction⁸⁷. Car, à la méthode exégétique conduisant à raisonner uniquement sur les textes, Demogue préférait la méthode pragmatique basée sur l'étude de la jurisprudence et de la réalité sociale⁸⁸.

En effet, appliquant cette démarche à l'article 1147, il remarqua que parfois le débiteur n'est tenu en pratique qu'à une diligence moyenne et que, quelquefois aussi, il est attendu de lui un fait ou un acte précis, mieux déterminé qu'une simple attitude diligente. Il proposa alors respectivement l'expression « obligations de moyens » et « obligations de résultat » pour caractériser les engagements de chaque type⁸⁹.

Par ailleurs, la naissance chez Demogue de cette distinction aurait un rapport avec la pensée juridique qu'il partage avec GénY selon laquelle tout texte peut avoir plusieurs sens entre lesquels le choix devient une simple question de politique juridique invitant l'interprète à préférer le sens le plus utile au moment de son application⁹⁰. En effet, les deux auteurs sont contre le « fétichisme de la loi écrite et codifiée » et sont favorables à une méthode qui selon eux « permet au droit positif de réaliser sa mission, en se pliant, sans compromettre ses points d'appui fixes, aux exigences, mieux connues ou successives de la vie sociale »⁹¹. La méthode adoptée par Demogue pour inter-

86. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 12, n° 20.

87. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t.V, n° 1237, t.VI, n° 599.

88. Selon lui, l'observation des faits sociaux est nettement plus révélatrice du droit positif qu'une simple analyse des textes. Sa démarche consiste ainsi à concilier les prévisions du législateur avec les nécessités pratiques.

89. Un auteur en conclut que « ce n'est que d'une façon incidente, dans une étude sur la comparaison des systèmes de répartition du fardeau probatoire en matière contractuelle et délictuelle, que la distinction fut proposée » (J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 1, n° 2).

90. Les deux auteurs sont contre la méthode exégétique, parce qu'elle présente le risque de conduire « à une certaine sclérose de l'interprétation. Il devient vite, [en effet], stérile de rechercher dans le passé les solutions du présent, et artificiel de prêter au législateur l'intention purement fictive de régler ce qu'il ne pouvait prévoir » F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, 81s.

91. F. GÉNY *op. cit.*, note 28, n° 186. D'ailleurs selon Demogue, à partir de tout texte l'on « peut faire sortir de nouveaux rameaux » (R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, n° 4). Dans cette voie, il rejoint GénY qui observait que « les éléments purement formels et logiques, qui s'offrent aux jurisconsultes dans

prêter l'article 1147 répond parfaitement à cette préoccupation et ne serait pas étrangère à l'émergence de cette distinction⁹².

Avec cette interprétation, l'article 1147 a conquis sur le terrain de la responsabilité contractuelle un autre rôle : celui de distribuer entre créanciers et débiteurs la charge et les modalités de la preuve. En raison de ce rôle technique, ce texte est devenu la base juridique de la distinction des obligations du débiteur en fonction de leurs intensités⁹³, cette distinction ayant le « mérite d'expliquer ce qu'on aurait pu considérer comme une incohérence du droit quant à la dualité des régimes de la responsabilité contractuelle »⁹⁴.

2. Critères et intérêts de la distinction

Plusieurs critères ont été proposés à cette distinction (1) donc l'importance n'est plus discutable (2).

a) Critères de la distinction

Demogue observa que la différence de nature entre les obligations de résultat⁹⁵ et les obligations de moyens réside dans la différence de leurs intensités respectives. Cette intensité, principal critère de distinction, est inhérente à l'objet de l'obliga-

l'appareil extérieur et plastique du droit positif sont insuffisants à satisfaire les desiderata de la vie juridique » et en déduisait que c'est un devoir pour les juristes de rechercher « en dehors et au-dessus de ces éléments les moyens de remplir toute leur mission » (F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, n° 187).

92. À l'époque, tandis que certains auteurs comme Capitant, Colin et Planiol faisant usage de l'abstraction et de la généralisation aboutissaient à des définitions très simples et ressortissant à la pure technique juridique, R. Demogue quant à lui mélangeait constamment la science et la technique, se refusait à méconnaître la complexité de la vie sociale sous le couvert de l'abstraction et de la généralisation. Il se ralliait au contraire à des définitions beaucoup plus réalistes et ayant comme souci de traduire le plus fidèlement possible la complexité de la vie sociale, les traits si variés des opérations juridiques qui se nouent et se dénouent entre les hommes.

93. Cette classification n'est simple qu'en apparence. Car certaines obligations de résultat sont plus sévères que d'autres et les obligations de moyens se doivent souvent de combiner avec une présomption de faute à l'encontre du débiteur.

94. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, n° 606.

95. La notion même d'obligation de résultat semble avoir une origine lointaine. Historiquement, l'Ancien droit admettait déjà l'existence en matière contractuelle

tion⁹⁶. En effet, dans certains cas, le résultat attendu reste incertain (obligation de moyens)⁹⁷ tandis que dans d'autres, ce résultat est déterminé⁹⁸ (obligation de résultat). Dans ce dernier cas, l'absence de résultat promis suffit pour engager la responsabilité du débiteur. Peu importe qu'aucune faute n'ait été constatée dans sa conduite⁹⁹. Dans le premier cas, sa responsabilité ne dépend pas de l'absence de résultat, mais du défaut de prudence et d'habileté de sa part dans l'exécution du contrat¹⁰⁰, de l'absence de « soins d'un bon père de famille »¹⁰¹ ou d'effort raisonnable¹⁰². Entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, c'est donc le degré de leurs intensités qui expliquerait la différence de leurs natures et régimes.

La distinction proposée par Demogue s'expliquerait également par les aléas dans l'obtention du résultat¹⁰³. On a

des obligations à « exécution absolue » : « il est des cas où est dû des dommages et intérêts sans qu'aucune faute y ait donné lieu [...]. Ainsi, celui qui manque de délivrer ce qu'il a vendu est tenu des dommages et intérêts qui suivent le défaut de délivrance », DOMAT, *Lois Civiles*, Éd., 1765, P.I, L. III, T.V, Sect. II, § 10; POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 214.

96. Dans certains cas, le débiteur s'engage seulement à mettre sa diligence au service de la satisfaction attendue par son créancier sans pour autant garantir cette satisfaction. En revanche, dans d'autres, il s'engage à atteindre ce résultat. De cette différence d'intensités découle la distinction des obligations de moyens et de résultat.

97. Parce que la notion de « moyen » peut être source de confusions ou de difficultés, H. Mazeaud suivi par certains juges (Cass. Ass. Plén., 30 mai 1986, D.1987.109, note PENNEAU) propose dans une terminologie différente de distinguer plutôt les obligations générales de prudence et de diligence des obligations déterminées (H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », RTD Civ., 1936, p. 1).

98. H. MAZEAUD, *op. cit.*, note 85, p. 1.

99. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 13, n° 23.

100. Civ., 20 mai 1936 : D.P. 1936, 1, 88 Rapport JOSSERAND, concl. MATER, note EP; — Civ., 1^{er}, 30 octobre 1962 : D. 1963, 57, note EISMEN.

101. Voir les articles 1137, 1728 (bail, 1880 (prêt), 1937 (dépôt), 1962 (séquestre) ... du *Code civil*.

102. Le comportement de « bon père de famille » s'apprécie de manière objective, car le « bonus Pater familias » de M. J. Carbonnier est le modèle d'homme soigneux, diligent, conscient de ses responsabilités. C'est une « personne raisonnable » tirée de la catégorie professionnelle à laquelle le débiteur appartient et placée dans des circonstances semblables à celles où se trouve ce dernier.

103. L'obligation de sécurité est l'exemple typique d'application des aléas comme critère de distinction des obligations de moyens et de résultat (J. FROSSARD, *op cit.*, note 63, p. 23, n° 38). D'autres critères ont aussi été proposés : la gratuité ou non de la prestation (B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligation, t. 3, Régime général*, 6^e éd., Litec, 1999, n° 1183); la qualité du débiteur (Voir Ph. LE TOURNEAU, « Quelques aspects des responsabilités professionnelles », Gaz. Pal., 1986, 2, Doctr.

aussi proposé de tenir compte du rôle que peut jouer le créancier dans l'exécution de l'obligation¹⁰⁴: si « le créancier doit rester passif, l'obligation serait de résultat; lorsqu'il joue un rôle actif dans l'accomplissement de l'obligation, celle-ci n'est que de diligence »¹⁰⁵.

L'arrivée sur la scène juridique du phénomène du consumérisme a rendu complexe cette distinction: l'obligation de moyens autrefois appréciée exclusivement du côté du débiteur et en fonction des règles de l'art, s'est aussi de plus en plus orientée vers l'attente légitime du créancier¹⁰⁶. Ce qui accroît la portée de cette distinction.

b) Intérêts de la distinction

À l'origine, cette distinction avait pour unique objet d'expliquer la différence de traitement des cas d'inexécutions susceptibles d'engager la responsabilité du débiteur contractuel. En effet disait Demogue en 1928: « la responsabilité contractuelle supposait toujours la preuve d'une faute, mais que cette preuve était plus ou moins facile selon que l'obligation violée était de moyens ou de résultat »¹⁰⁷.

La charge et les modalités de la preuve constituent donc, par rapport au régime du *Code civil*, le premier intérêt de

616); la volonté des parties (F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 6^e éd., 1996, n° 560); les termes du contrat; la prévisibilité du résultat (Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1997, Contrats, Conc. Consom., 1997, n° 145, note L. LEVENEUR. Voir G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., 1998, LGDJ, n° 545).

104. « L'obligation contractuelle de sécurité qui incombe au tenancier d'un manège forain est une obligation de résultat lorsque le rôle du client est passif, et seulement une obligation de moyens lorsque le client a à jouer un rôle particulièrement actif », Amiens, 30 mars 1955, Gaz. Pal., 1955, I, 340. Voir également Cass. 1^{re} Civ., 21 oct. 1997, Bull. Civ., I, n° 287; D.1998. 271, note PH. BRUN; D. 1998. Somm. 199, obs. P. JOURDAIN; JCP, 1998. I. 144 n° 9, obs. G. VINEY. (Cass. 1^{re} Civ., 16 mars 1970, D.1970.421, note R. RODIÈRE; RTD Civ., 1970.793, obs. G. CORNU; —11 févr. 1982, Bull. Civ., I, n° 82)).

105. Y. PICOD, *op. cit.*, note 1, n° 46.

106. Com. 9 octobre 1990: Bull. Civ., IV, n° 234.

107. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 103, n° 552, p. 450; PH. MALAURIE, L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, *Les obligations*, Cujas, Paris, 6^e éd., 1995, n° 814-815.

cette distinction¹⁰⁸ à côté du rôle joué dans la classification des obligations civiles¹⁰⁹, dans la conciliation de l'article 1137 avec l'article 1147. De façon générale, son intérêt réside dans la facilité qu'elle apporte à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle.

En effet, cette distinction a « une portée pratique immédiate; elle est un instrument de travail offert au juge pour faciliter sa tâche »¹¹⁰. D'où son succès en jurisprudence. Sa portée est aujourd'hui quasi universelle, surtout depuis qu'elle a été reprise par Unidroit à propos des « Principes relatifs aux contrats du commerce international »¹¹¹ et que son rayonnement a traversé nos frontières¹¹².

Cependant, malgré ses nombreuses applications et les études qui lui sont consacrées, une grande incertitude règne encore sur cette distinction¹¹³. L'émergence des obligations implicites accentue davantage cette incertitude, en rendant parfois artificielle la distinction en question, en l'élidant ou

108. « La preuve de la faute contractuelle est liée à une distinction suivant l'objet de l'obligation, selon que [celui-ci] est de résultat ou de moyens » (F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 103, n° 552, p. 450). Dans l'hypothèse d'une obligation de résultat, la charge de la preuve pèse sur le créancier qui ne peut s'exonérer qu'en invoquant une cause étrangère. En revanche, face à une obligation de moyens, il appartient au créancier qui veut obtenir la condamnation de son débiteur d'établir que ce dernier n'a pas déployé la diligence nécessaire.

109. Cette nouveauté s'analyse par rapport à l'héritage laissé à notre système juridique par le droit romain. En effet, si diverses classifications transmises par ce dernier à notre système juridique permettaient déjà de saisir l'obligation d'après sa source ou son objet, aucune d'elles ne donnait lieu à la distinction des obligations d'après leurs intensités, d'après la « puissance de contrainte sur le débiteur » (J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 1, n° 1).

110. En pratique « En effet, si le débiteur n'est tenu que d'une obligation de moyens, ayant pour seul devoir de se conduire en bon père de famille, il ne répond que de ses fautes; si, au contraire, son devoir est de réaliser un résultat, sa responsabilité sera reconnue dès que le créancier aura prouvé qu'il n'a pas obtenu satisfaction, indépendamment de la diligence fournie », J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 2, n° 3.

111. Rome, 1994, art. 5-4 et 5-5.

112. Certains systèmes juridiques, comme le droit anglo-saxon, opposent dans une distinction comparable l'obligation absolue où le débiteur doit exécuter son engagement face à tout événement et l'obligation raisonnable où il doit simplement faire de son mieux.

113. C.A. Montpellier, 1^{re} Ch. C., 9 janvier 1997, JCP, 1998, IV, 1286; Civ., 1^{re} 16 décembre 1997, JCP, 1998, IV, 1350.

en l'éluant souvent¹¹⁴. Et c'est ainsi qu'en pratique l'on passe insensiblement d'une obligation de moyens renforcée à une obligation de résultat atténuée et vice versa¹¹⁵.

Il en résulte un sentiment d'empirisme et d'insécurité, surtout lorsqu'on en juge avec son utilisation abusive « par une jurisprudence à la fois trop absorbée par la volonté de traiter équitablement la diversité du concret et trop tâtonnante dans la résolution des litiges »¹¹⁶. Ce que ne doit pas se permettre l'article 1147 qui est le fondement de cette distinction.

B. LE FONDEMENT DE LA DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE MOYENS ET DE RÉSULTAT

En tout (2) ou partie (1), l'article 1147 se présente comme le fondement de la distinction des obligations découverte par Demogue.

1. L'article 1147 : un fondement partiel de la distinction?

On a soutenu que l'alinéa 2 de l'article 1137, par la porte qu'il laisse « ouverte sur la détermination du contenu des obligations », contient en germe cette distinction en permettant « d'abandonner parfois le domaine de la responsabilité subjective »¹¹⁷. Par cet abandon, et donc de la faute qui en est le fondement, ce texte aurait ouvert la voie à la responsabilité objective et par suite à l'obligation de résultat. L'article 1137 deviendrait alors un fondement possible, à côté de l'article 1147, de la distinction des obligations de moyens et de résultat.

114. Dans bien des cas, le juge tient compte plutôt d'autres facteurs pour atténuer ou aggraver la responsabilité contractuelle du débiteur (C.A. Montpellier, 1^{re} Ch. C, 9 janvier 1997, JCP, 1998. IV. 1286.— 1^{re} Ch. D, 29 janvier 1997, JCP, 1998. IV. 1277.— 1^{re} Ch. D, 19 février 1997, JCP, 1998. IV. 1285.— Civ, 1^{re} 16 décembre 1997, JCP, 1998. IV. 1350).

115. « Cette complexification de la distinction traduit l'embarras de la jurisprudence et de la doctrine à ramener les réalités concrètes à une distinction tranchée entre obligations de moyens et obligations de résultat », Y. PICOD, *op. cit.*, note 1, n° 49.

116. Y. PICOD, *op. cit.*, note 1, n° 51.

117. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 23, n° 38.

Cet auteur a aussi entendu contester la légitimité juridique de l'article 1147 à fonder cette distinction. Selon lui, même si la distinction de Demogue était évidemment inconnue des rédacteurs du *Code civil*, « la lecture de quelques articles laisse entendre cependant qu'ils auraient soupçonné »¹¹⁸ cette distinction dans l'alinéa 2 de l'article 1137 qui, en soulignant que cette obligation est « plus ou moins étendue relativement à certains contrats »¹¹⁹, renverrait à la différence d'intensités des obligations et donc à la distinction des obligations de moyens et de résultat¹²⁰.

Cette doctrine en déduit une relation entre le caractère objectif d'une obligation et son étendue proche d'une obligation de résultat. Elle ajoute que le *Code civil*, malgré le principe posé par l'article 1137 (al. 1^{er}), « contenait en lui-même tous les éléments qui allaient permettre l'extension des obligations de résultat »¹²¹, même « Si, en principe, l'obligation n'imposait à celui qui la supportait que l'attitude du bon père de famille »¹²². Et elle conclut : « Comme M. Jourdain pour sa prose, le législateur a distingué les obligations de moyens et les obligations de résultat sans le savoir »¹²³. En effet, soutient-elle, les auteurs du XIX^e siècle qui ne pouvaient se fonder sur une jurisprudence encore insuffisante, n'ont pu voir « ce que les inspireurs de notre monument juridique avaient ignoré »¹²⁴. Les rédacteurs du *Code civil* seraient donc les auteurs de cette distinction.

Cette tentative d'imposer l'article 1137 comme source de la distinction évoquée et d'attribuer, même contre son gré, au législateur de 1804 l'origine de cette distinction ne peut être soutenue.

118. NAST, note D. C., 1941, p. 53.

119. Ces « contrats » étant certainement ceux auxquels renvoie l'alinéa 2 de l'article 1137 lorsqu'il invite à rechercher leur étendue précise et leurs effets dans « les titres qui les concernent » (il en serait ainsi de la responsabilité objective des hôteliers (article 1953), des preneurs (articles 1733 à 1735), des voituriers par terre et par eau (article 1784), des garanties d'éviction et des vices cachés incombant au vendeur (articles 1626 et 1641), etc. qui par principe résulteraient des obligations de résultat).

120. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 23, n° 38.

121. *Ibid.*

122. Voir pour quelques exemples dans le *Code civil*, les articles 1182, 1245, 1302 al. 1^{er}, 1782, 1789, 1880, 1882, 1927, etc.

123. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 23, n° 38.

124. *Ibid.*

En effet, on ne peut contester le fait clairement exprimé par le législateur que l'article 1137 est strictement limité, dans toutes ses dispositions (alinéas 1^{er} et 2) au cas précis de l'obligation de délivrance. Cette seule considération suffit pour reconnaître qu'il ne peut, sauf grave dénaturation et mépris de la volonté du législateur, être érigé en règle générale de droit commun des contrats, contrairement à l'article 1147 qui a une vocation générale en matière de responsabilité contractuelle¹²⁵. De même, voir dans l'article 1137 des obligations de résultat, c'est faussement laisser entendre que l'obligation de se comporter en bon père de famille peut se muer en obligation de résultat.

Enfin, il est indéniable que le législateur ne peut être l'auteur d'une construction juridique qu'il ignorait complètement et ne pouvait prévoir. Car, c'est le travail du juge au contact des réalités quotidiennes qui, en mettant en évidence les différences d'intensités des obligations contractuelles, a permis à la doctrine de structurer le régime et la nature de ces obligations. Il en résulte que l'article 1147 tel que relu par Demogue reste le seul fondement approprié et suffisant de la distinction des obligations en fonction de leurs intensités.

2. L'article 1147 : un fondement autosuffisant

« L'obligation de résultat, dans ses applications par la jurisprudence, relève de l'article 1147 du Code civil »¹²⁶ tandis que l'obligation de moyens relève, soit, de l'article 1147, soit, dans le cas précis de l'obligation de « veiller à la conservation de la chose », de l'article 1137.

De par sa place dans le *Code civil* et sa portée générale, l'article 1147 peut s'appliquer tantôt cumulativement avec l'article 1137 (en cas d'obligation de délivrance), tantôt indépendamment de celui-ci. Il s'applique à tout contrat en apportant nuance et degré en fonction de l'intensité des obligations du débiteur¹²⁷.

125. Dans ce sens, voir A. COLIN, H. CAPITANT, *op. cit.*, note 39, p. 72, n° 79.

126. C. LARROUMET, *op. cit.*, note 34, p. 611, n° 610.

127. Concrètement, le vendeur doit prouver que le défaut de livraison est dû à « une cause étrangère qui ne peut lui être imputée » (article 1147). En revanche, c'est au malade (créancier) de démontrer que son médecin ne lui a pas donné « des soins attentifs, consciencieux [...] et conformes aux données acquises de la science » (Civ.,

La distinction des obligations de moyens et de résultat a ainsi pour seul fondement plausible l'article 1147. Sa fonction probatoire résultant d'une conception sociologique et téléologique du droit repose sur la connaissance des faits sociaux.

Elle met en évidence la finalité du droit contenu dans cet article qui, au-delà de la fonction technique que nous avons soulignée, est de « réaliser l'équité objective par la combinaison de l'idée de justice avec celle de la plus grande utilité sociale »¹²⁸. Certains droits étrangers ont d'ailleurs consacré une méthode d'interprétation semblable¹²⁹.

L'article 1147, pris dans ce rôle, a été bien accueilli par la jurisprudence. Son succès tient au fait que « certaines situations, exigeant règlement juridique, ne trouvent pas celui-ci dans la loi écrite, c'est ce qui se déduit invinciblement du fait que, imparfaits comme toute œuvre humaine, les textes écrits ne sauraient prévoir toutes les circonstances qui demandent ou demanderont d'être organisées sous la contrainte de l'État, et qu'ils restent manifestement en arrière du mouvement complexe et incessamment changeant de la vie sociale »¹³⁰.

Cette considération explique également comment l'article 1147 a pu jouer en jurisprudence un rôle interprétatif et, par ce truchement, donner naissance à certaines règles applicables aux rapports contractuels.

III. APRÈS DEMOGUE : UNE LECTURE TÉLÉOLOGIQUE AUX FINALITÉS INTERPRÉTATIVE ET NORMATIVE

Pour satisfaire les besoins de l'économie moderne¹³¹, le juge a dû conférer à l'article 1147 des rôles interpréta-

20 mai 1936 : D.P. 1936-1-88, rapp. JOSSERAND — Civ., 1^{er}, 28 juin 1989 : D. 1990. 413 note DAGORRE-LABBÉ — Civ., 1^{er}, 31 janv. 1989 : Bull. Civ., I, n. 56).

128. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, t. 1, n° 68.

129. Par exemple l'article 3-1 du Code civil espagnol dispose que « les règles doivent être interprétées selon le sens naturel des mots, en fonction de leur contexte, des précédents historiques et législatifs et de la réalité sociale du moment où elles doivent recevoir application, en prenant garde, fondamentalement, à leur esprit et à leur finalité ».

130. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, n° 81, bis.

131. Dans la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle se sont présentés au juge « des cas non prévus ou réglés par les textes, alors même qu'on prend ceux-ci moins dans leur individualité que dans la combinaison représentée par tout leur ensemble » (F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, n° 81, bis).

tif¹³² (A) et normatif (B) en plus des fonctions sanctionnatoire et probatoire.

A. L'ÉMERGENCE DE LA FONCTION INTERPRÉTATIVE DE L'ARTICLE 1147

L'appréciation de l'attitude des parties a pour effet de faire naître des obligations implicites.

1. De la sanction de l'inexécution à l'appréciation du comportement des parties

Dans le droit romain des contrats, le régime de rigueur avait pour but de régir « de manière spéciale les situations dans lesquelles le créancier se [trouve] plus ou moins à la merci de son débiteur »¹³³. Cette politique juridique soulignée par Gaius était très appliquée à l'époque¹³⁴ « dans les engagements conclus avec les hôteliers (*caupones*), les capitaines de navires (*nautae*) et les propriétaires d'écuries (*stabularii*) » afin de restaurer la confiance entre les parties « lors de la remise de bagages, marchandises ou chevaux »¹³⁵.

La confiance qu'inspire tout spécialiste fondait cette rigueur. L'Ancien droit ne serait pas loin du droit romain qui expliquait de la même manière la responsabilité objective des hôteliers. Cette rigueur perdure de nos jours à travers l'application de l'article 1147 qui l'a généralisée en l'étendant à tous les professionnels agissant dans le domaine de leurs activités¹³⁶.

L'évolution dans ce sens est remarquable. Dans les premières applications de l'article 1147, la rigueur de la jurispru-

132. Cette application de l'article 1147, se fonde sur l'idée que l'interprétation du droit pour être adéquate doit « procéder, sur données objectives, de façon à satisfaire les besoins de la vie, sans encourir le reproche de l'arbitraire » et trouver « les appuis objectifs nécessaires dans la nature des choses, servant de matière à ses investigations, et dans une systématisation logique, fécondant et développant cette matière elle-même » (F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, n° 157).

133. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 14, n° 24.

134. GAIUS, Dig. IV-9-5.

135. J. FROSSARD, *op. cit.*, note 63, p. 14, n° 24.

136. Com. 24 novembre 1983 : Bull. Civ., IV, n° 322 ; RTD Civ., 1984, 518, obs. J. HUET ; — Cass. 2^e Civ. 19 octobre 1994 : D. 1995, 499, note GAVARD-GILLES ; Cass. 2^e Civ. 19 juin 1996 : D. Aff. n° 32, 1996, chron. 1028.

dence s'exprimait dans la gravité de la sanction infligée au débiteur défaillant¹³⁷. Par la suite, les tribunaux ont orienté cette rigueur sur le terrain de la preuve de l'inexécution du contrat pour la faciliter et, finalement, sur celui de l'étendue des engagements contractuels pour faire émerger les obligations implicites¹³⁸.

Ainsi, à partir de la fonction sanctionnatoire originelle visant les conséquences pécuniaires de l'inexécution du contrat, le juge s'est, avec le temps, intéressé aussi à la qualité des parties et à la manière dont le débiteur exécute son contrat pour aboutir à un régime plus rigoureux à l'égard du débiteur professionnel.

L'article 1147 est ainsi doté d'un rôle interprétatif, du contrat comme du comportement des parties¹³⁹, permettant de renforcer les obligations principales du débiteur par des obligations implicites. Comme d'autres textes du *Code civil*, il a connu une autre lecture.

2. La coexistence dans le contrat des obligations explicites et implicites

De l'application de l'article 1147, il apparaît que « par un forçage assez remarquable du contenu du contrat, la jurisprudence a découvert dans certains contrats des obligations accessoires auxquelles les parties n'avaient pas songé »¹⁴⁰ et qui sont considérées comme des suites du contrat.

137. Par exemple, Req. 4 juillet 1882, *op. cit.*, qui a jugé qu'au créancier, il « est dû des dommages et intérêts et même des restitutions de fruits pour retard dans la livraison du terrain à lui vendu ».

138. Civ., 20 mai 1936, *op. cit.*, (arrêt Mercier) qui est à l'origine de l'obligation jurisprudentielle du médecin de donner à son patient « des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science ». Voir également, Civ., 1^{re}, 15 octobre 1985 : Bull. Civ., I, n° 257 : RTD Civ., 1986, 759, obs. J. HUET; — Civ., 1^{re}, 28 janvier 1992 : Bull. Civ., I, n° 29 (obligation imposée à l'avocat de connaître la nouvelle jurisprudence et d'agir dans les délais); Civ., 1^{er}, 5 février 1991 : Bull. Civ., I, n° 46 (obligation de veiller à l'efficacité de l'acte rédigé par ses soins).

139. Ce rôle tire sa légitimité dans le fait que, si « la tâche réelle du juge est de donner des solutions qui satisfassent les besoins sociaux et les idées de son temps » (B. STARCK, *Introduction au droit*, Litec, 1996, 4^e éd., par H. ROLAND, L. BOYER, p. 120), il doit toujours s'appuyer sur la loi, sur les règles ou les principes dont il fait application.

140. L. JOSSERAND, cité par PH. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, Actions, 1996, p. 416, n° 1545.

Ainsi, l'obligation de soins du médecin envers son client comporte le devoir d'informer préalablement le patient et d'obtenir son assentiment¹⁴¹; ces deux obligations permettant d'établir plus aisément le défaut de diligence du médecin¹⁴². De même, l'obligation principale du chirurgien-dentiste implique « l'obligation de livrer un appareil utilisable et donnant satisfaction »¹⁴³.

Assortir ainsi les obligations explicites du débiteur d'obligations complémentaires a essentiellement pour but de faciliter la preuve de l'inexécution du contrat, et donc de simplifier la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur. En effet, le juge passe plus facilement par les obligations complémentaires d'information, de sécurité et de conseil... qui sont très souvent des obligations de résultat, pour renforcer l'obligation fondamentale du débiteur et par suite établir sa défaillance contractuelle¹⁴⁴. Les difficultés de prouver le défaut de diligence de ce débiteur sont ainsi contournées.

Les applications de cette jurisprudence qui développe des exigences accessoires à côté des obligations principales du débiteur sont nombreuses, concernent les contrats les plus variés¹⁴⁵ et visent aujourd'hui pratiquement tous les professionnels agissant dans le domaine de leur spécialité. Cette construction juridique est bien établie dans notre droit positif et la jurisprudence développe les obligations induites aussi bien à partir des obligations de résultat¹⁴⁶ que des obligations

141. Cf. Civ., 29 mai 1951 : D. 1952-53 note R. SAVATIER; — Civ., 1^{er}, 11 janvier 1966 : D. 1966-266.

142. Civ., 1^{er}, 29 octobre 1968 : JCP 1969-II-15799, note R. SAVATIER.

143. Civ., 1^{er}, 17 février 1971 : D. 1971-289; — Civ., 15 novembre 1972 : D. 1973-243. — Civ., 22 septembre 1981 : Bull. Civ., I n° 268; RTD Civ., 1982, 153, obs. DURRY. — Civ., 9 mai 1983 : D. 1984-121, note PENNEAU; JCP 1984-II-20262, note DORSNER-DOLIVET. — Civ., 1^{er}, 22 novembre 1994 : Bull. Civ., I, n° 340.

144. Civ., 1^{er} juin 1976 : JCP 1976-II-18483 (deux arrêts), note R. SAVATIER; — Civ., 1^{er}, 7 mars 1966 : D. 1966, 453; — Civ., 23 mai 1973 : JCP 1975-II-17955 (deux arrêts), note R. SAVATIER; RTD Civ., 1974, 618, obs. DURRY; — Montpellier, 14 décembre 1954 : D. 1955-745, note CARBONNIER.

145. Com. 24 juin 1986, Bull. Civ., IV, n° 143. — Civ., 1^{er}, 29 novembre 1994, Bull. Civ., I, n° 351. — Civ., 1^{er}, 10 février 1993 : D. 1993-I, p. 605, note J. BONNARD. Voir notamment PH. LE TOURNEAU, L. CADIET, *op. cit.*, note 140, n° 1494 et suiv. et l'abondante jurisprudence citée.

146. Civ., 3^e, 3 oct. 1985 : JCP 1986, II, 20601, note BLOCH — Civ., 3^e, 13 juin 1990 : Bull. Civ., III, n° 145 — Civ., 3^e, 21 mars 1984 : Bull. Civ., III, n° 75 — Civ., 1^{er}, 20 mars 1989 : D. 1989, 381, note MALAURIE; RTD Civ., 1989, 756, obs. JOURDAIN — Civ., 1^{er}, 11 juin 1991 : Bull. Civ., I, n° 201; RTD Civ., 1992, 114, obs. JOURDAIN.

de moyens¹⁴⁷, et donc indépendamment de cette distinction doctrinale.

Ainsi s'est construite progressivement à travers l'article 1147 à côté des distinctions classiques d'origine législative et doctrinale, une autre répartition des obligations contractuelles en principales, d'une part, et complémentaires, d'autre part¹⁴⁸.

3. L'émergence d'une nouvelle classification des obligations contractuelles

Les obligations des parties sont ainsi, soit explicites, soit implicites¹⁴⁹. Tandis que les obligations explicites sont constituées par l'ensemble des engagements expressément consentis par les parties ou définis par la loi, les obligations implicites sont des obligations latentes découlant des suites naturelles de chaque contrat ou du comportement des parties. L'émergence de celles-ci dépend de l'interprétation du contrat par le juge. Avant cette intervention, elles sont déterminables contrairement aux obligations explicites qui sont déjà déterminées par le contrat. Elles sont complémentaires des obligations principales des parties.

Cette distinction des obligations contractuelles résulte donc de la divergence de leurs sources directes. En effet, contrairement aux obligations explicites qui puisent leur fondement juridique dans la volonté des parties ou la loi, les obligations implicites sont d'origine prétorienne.

L'intérêt de cette nouvelle distinction est de rendre indépendante l'appréciation de la bonne exécution des obligations relevant de chaque catégorie, la responsabilité du débiteur pouvant aussi bien résulter de l'inexécution des obligations principales que de la violation de ses obligations acces-

147. Com. 30 janv. 1974 : D. 1974, 428 note TENDLER — Com. 24 nov. 1983 : Bull. Civ., IV, n° 322; RTD Civ., 1984, 518, note J. HUET — Civ., 16 mars 1970, D. 1970, 421, note RODIÈRE; RTD Civ., 1970, 793, obs. C; D. 1989 Somm. 408.

148. Voir PH. LE TOURNEAU, L. CADIET, *op. cit.*, note 140, n° 334-335.

149. Cette précision, vraie pour les contrats de droit interne, l'est également pour les contrats internationaux (Cf. art. 5.1 des « Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international » reproduit par A. GIARDINA : JDI 1995, p. 559 et suiv. notamment p. 571.

soires¹⁵⁰. Car le créancier qui ne peut prouver l'inexécution d'une obligation principale de moyens de son débiteur, a encore la possibilité d'établir le manquement par ce dernier à ses obligations implicites¹⁵¹. La responsabilité de celui-ci devient ainsi plus aisée à mettre en œuvre et plus étendue¹⁵².

L'émergence des obligations implicites conduit donc sur le terrain de la preuve, et par l'élargissement de l'étendue des obligations du débiteur qui en résulte, à réduire, voire à effacer dans certains cas, l'incertitude entre l'obligation de diligence et l'obligation de résultat : « l'obligation de moyens renforcée » et « l'obligation de résultat allégée »¹⁵³ produisant des effets comparables au niveau de la mise en œuvre de la responsabilité.

Le besoin de protection de la partie faible¹⁵⁴ qui restait oublié du régime de l'article 1147 n'est pas étranger à cette construction jurisprudentielle¹⁵⁵. Cette action prétorienne traduit ainsi l'idée selon laquelle « les tribunaux, en tant qu'interprètes du droit, auraient, à propos des procès, qu'ils doivent juger, un large pouvoir de création juridique, dans le silence ou l'insuffisance de la loi, et à défaut d'un droit coutumier constant »¹⁵⁶.

La « redécouverte » par le juge de nouveaux rôles de l'article 1147 serait ainsi une réponse adéquate au dynamisme

150. Désormais, il suffira pour le demandeur de prouver l'absence de résultat promis pour soulever une « *présomption* » de responsabilité du débiteur. Ce sera à ce dernier de rapporter la preuve d'un cas fortuit ou d'une force majeure pour se libérer.

151. Cependant l'inexécution de ses obligations implicites par le débiteur, comme c'est le cas avec ses obligations principales, n'implique pas sa responsabilité contractuelle lorsque ce manquement est dû à une cause étrangère.

152. Dès lors, le débiteur d'une obligation principale qui l'aurait cependant bien exécutée pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée pour manquement à ses obligations implicites (voir Civ., 1^{er}, 9 décembre 1986 : Bull. I, n° 288 ; — Nîmes 8 mars 1990 : JCP 1990, 21573, note PAISANT ; — Civ., 1, 31 mars 1992 : Resp. civ. et assur., 1992, n° 260. — Civ., 1^{er}, 23 février 1988 : Gaz. Pal., 1988, 1, Pan. 112).

153. F. COLLART-DUTILLEUL, PH. DELEBECQUE, *Les contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 2001, p. 696, n° 805.

154. En effet, dans un contexte caractérisé par de graves inégalités, il devient impératif, fut-ce par une nouvelle lecture des textes en vigueur, de corriger l'injustice qui en résulte et d'éviter que les règles de droit, par leur insensibilité aux changements incessants des faits sociaux, ne se transforment en support de domination de l'un des contractants sur l'autre.

155. Car, « les magistrats judiciaires qui, par l'exercice de leurs fonctions surprennent directement dans les faits de la vie journalière les moindres mouvements du droit, sont toujours à même d'introduire dans leur administration les innovations que les circonstances commandent ». G. CORNIL, « Les codes modernes et le droit romain », in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1906, 2^e série, t. XIV, p. 475).

156. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 33, n° 146.

des rapports contractuels se traduisant sur le terrain de l'efficacité du droit par sa fonction créatrice de règles juridiques.

B. L'ABOUTISSEMENT À UN RÔLE NORMATIF

La création très approuvée des obligations implicites à partir de l'article 1147 (1) pose cependant quelques problèmes de logique juridique (2).

1. L'article 1147 comme source d'obligations implicites

Le rôle normatif de ce texte est l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle ayant connu des phases de méfiance ou de rejet, de précaution et, finalement, de certitude dans sa capacité à servir de base légale aux droits et obligations implicites du contrat.

En effet, les premières créations jurisprudentielles des droits et obligations implicites se caractérisaient par l'hésitation du juge à fonder les nouvelles règles sur l'article 1147. Dans un arrêt du 27 février 1985, la Cour de cassation a manifesté ouvertement sa réticence quant à faire de l'article 1147 la base juridique des devoirs implicites qu'elle avait découverts et imposés aux professionnels¹⁵⁷.

Quelques mois après, le même juge avait repris mot pour mot la règle posée dans la précédente décision mais en lui assignant comme fondement l'article 1135¹⁵⁸. Il manifestait ainsi son rejet à l'égard de l'article 1147.

157. Civ., 1^{re}, 27 février 1985 : Bull., I, n° 82, p. 75. Dans cette affaire où le pourvoi invoquait plusieurs violations de l'article 1147, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'existence des devoirs de conseil et d'information à la charge du professionnel en se gardant de donner la moindre précision sur le fondement de ces obligations. Elle se contente de déclarer « qu'il appartient au vendeur professionnel de matériau acquis par un acheteur profane de le conseiller et de le renseigner, et notamment, d'attirer son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériau choisi par le client, ainsi que sur les précautions à prendre pour sa mise en œuvre, compte tenu de l'usage auquel ce matériau est destiné ».

158. Appliquant ce texte au lieu de l'article 1147, il déclara : « Attendu qu'aux termes de l'article 1135 [...] un contrat d'entretien d'une installation soumise à réglementation oblige à informer le client des modifications intervenues dans celle-ci de manière à lui permettre de les respecter » (Civ., 1^{re}, 15 mars 1988 : Bull. civ., I, n° 80). Dans le même sens voir Civ., 1^{re}, 28 février 1989 : JCP 1989, éd., EI, 18485. Civ., 1^{re}, 3 juill. 1985 : Bull. Civ., I, n° 211, p. 191.

Par la suite, la Cour de cassation a admis de se fonder sur l'article 1147 mais en prenant la précaution de le placer sous couvert d'autres textes. Ainsi, pour retenir la responsabilité des centres de transfusion sanguine, elle s'est d'abord fondée sur la stipulation pour autrui¹⁵⁹ et ensuite sur l'article 1384 al. 1^{er} du *Code civil* interprétés à la lumière de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁶⁰. Avec la même méthode, elle avait admis « l'obligation du banquier de mettre en œuvre tous les moyens pour éviter que soit débité le compte du client qui a fait opposition », en plaçant cette obligation sous le visa des articles 1134 et 1147.

Ces droits et obligations ainsi placés « sous protection » sont aujourd'hui présentés par la Cour de cassation sous le visa direct et unique de l'article 1147 : « Vu l'article 1147 [...]; Attendu que [...] un établissement de santé privé est notamment tenu de prendre les mesures nécessaires pour veiller à [la] sécurité [du patient], les exigences afférentes à cette obligation étant fonction de l'état du patient »¹⁶¹. C'est également cet article qui fonde l'obligation implicite de surveillance permanente des clients d'un Centre de karting¹⁶², de l'obligation de limiter l'aggravation des dettes cautionnées¹⁶³. Par cette dernière obligation, la haute juridiction a conféré à l'article

159. Civ., 1^{re}, 14 nov. 1995, Gaz. Pal., 1996. 1. Panor. Cass. P.35; Dr. patr. fév. 1996, p. 97 obs. F. CHABAS.

160. Civ. 1^{re}, 28 avril 1998, Gaz. Pal., 1998. 2. Panor. Cass. P.204; JCP 1998. II. 10088 rapport SARGOS. Dans le même sens, voir Cass. Civ., 1^{re} 26 mai 1999; Contrats, Concurrence et Consommation, novembre 1999, p. 10; Cass. Com. 20 octobre 1998; Contrats, Concurrence, Consommation, Janvier 1999, p. 9.

161. Civ., 1^{er}, 18 juillet 2000, Petites affiches, 23 juillet 2001, n° 145, p. 11 et suiv. avec une note de D. R. MARTIN.

162. Note D. R. MARTIN, Les Petites affiches, 16.10.00, 17. Dans cette affaire la Cour de cassation rappelle en en faisant une application extensive, « l'obligation de sécurité de moyens, en vertu de laquelle il devait mettre en œuvre une surveillance permanente du comportement des utilisateurs ».

163. Cass. 1^{re} Civ., 16 juillet 1998, JCP, éd., G., 1999, II. 10 000 (n° 1, 6 janvier 1999, p. 21) note B. FAGES). La Cour de cassation s'était déjà prononcée dans ce sens en matière de garanties solidaires, en se fondant sur l'article 1134 al. 3 (Cass. Com., 31 mai 1994, RTD Civ., 1995 p. 105, obs. J. MESTRE; 5 déc. 1995, RJDA, 1996, n° 456; RTD Civ., 1996, p. 899, obs. J. MESTRE). Ce changement de base juridique consolide l'autonomie de l'article 1147 et son aptitude à fonder les obligations complémentaires de création jurisprudentielle.

1147 une fonction normative en matière de cautionnement¹⁶⁴ et, en généralisant, dans les contrats spéciaux.

Ainsi, même si l'article 1147 ne relève pas à l'instar des articles 1134 et 1135 des « Dispositions générales » régissant les effets de toutes « obligations » contractuelles, la jurisprudence le considère désormais comme un texte autonome, apte à combler les lacunes du droit des contrats.

2. La réception de la fonction normative

L'article 1147 donne au juge le moyen d'«inclure dans le contrat, conformément à son économie, des obligations qui n'ont pas été prévues par les parties»¹⁶⁵. Cette fonction normative s'ajoute aux rôles sanctionnatoire, probatoire et interprétatif reconnus à ce texte. Il en résulte pour le juge le pouvoir de créer des règles de droit qui est amplement justifié¹⁶⁶. Cependant, faire de l'article 1147 le fondement des obligations induites du contrat laisse subsister plusieurs difficultés. En effet, cette fonction accentue l'incohérence qui semble exister entre la lettre, l'esprit et l'application de l'article 1147 qui, à notre avis gagnerait plus à rester confiné dans son rôle traditionnel. En effet, comment expliquer qu'un texte destiné à sanctionner l'inexécution d'une obligation préexistante puisse aussi constituer le fondement des règles juridiques dont il doit réprimer l'inobservation¹⁶⁷?

164. De la sorte, cet article n'a plus besoin de s'abriter derrière d'autres textes pour assumer le rôle normatif qui lui est assigné. Voir B. FAGES, note sous Cass. 1^{re} Civ., 16 juillet 1998, JCP, éd., G. 1999, II. 10 000 n° 1, 6 janvier 1999, p. 21.

165. C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 585, n° 592.

166. Il appartient au juge de rechercher une solution « en s'inspirant des données historiques, rationnelles, des considérations d'opportunité, d'équité, d'où peut naître une règle de droit » (A. WEILL, cité par G. WIEDERKEHR, Rep. Civ. Lois et décrets, 1973, n° 185). Le juge, doit « faire œuvre de législateur et agir comme le ferait le législateur lui-même s'il était confronté au même problème » (J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 251). Il doit « se référer aux caractéristiques de la vie économique et sociale, aux besoins et aux idéaux qui la caractérisent, voire aux orientations du législateur contemporain », J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 6^e éd., A. Colin, 1995, n° 127.

167. Le problème se pose parce que sur le plan de la technique juridique, l'article 1147 a un effet *a posteriori* : il est prévu pour régir les conséquences de l'inexécution d'une obligation préexistante et de ce fait ne devrait concerner que la sanction du contractant défaillant. Or, la jurisprudence semble en faire un texte d'application *a priori* : elle l'utilise comme source d'obligations contractuelles implicites.

Par ailleurs, on pourrait hâtivement voir dans ce rôle normatif une violation du « principe absolu »¹⁶⁸ d'interdiction des arrêts de règlement¹⁶⁹ ou une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs de l'État¹⁷⁰. En effet, le pouvoir prétorien de la jurisprudence ne pourrait en aucun cas légitimer les décisions judiciaires ayant un caractère réglementaire¹⁷¹. Car, si les juges, chargés de mettre en œuvre le droit peuvent le créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir¹⁷² de manière abstraite et générale.

En dehors de cette interdiction faite au juge de substituer à la règle législative une règle jurisprudentielle, de placer celle-ci au-dessus de celle-là, le risque de heurter les principes de la prohibition des « arrêts de règlements » et de la séparation des pouvoirs est négligeable¹⁷³.

168. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 36.

169. Voir article 5 *Code civil*; Code pén. 127- 1^o; *Constitution du 5 fructidor an III*, art. 203; *Loi des 16-24 août 1790*, titre II, art. 10 et 12; *Constitution des 3-14 sept. 1791*, titre III, chap.V, art. 3. Également F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 34, n^o 146.

170. « Technique d'organisation constitutionnelle liée au libéralisme », la doctrine de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel se décompose en deux règles que sont la spécialisation et l'indépendance entre les fonctions de créer les lois, de les exécuter et de sanctionner leur violation et qui signifient respectivement, que ces fonctions sont attribuées aux organes distincts qui exercent, chacun en ce qui le concerne, une seule fonction sans possibilité (avec interdiction) de participer à la fonction des 2 autres organes et que ces organes doivent être dépourvus de tout moyen d'action réciproque. Autrement, le juge ne doit ni s'immiscer, ni se substituer au législateur dans sa fonction de créer le droit.

171. Nombreuses sont les différences entre la règle de droit créée par le juge et celle émanant de l'activité législative. La première est concrète alors que la seconde est abstraite; procède des cas particuliers au général (c'est-à-dire du fait au droit) alors que l'autre va du général au particulier (ou du droit aux faits); a une portée limitée par opposition à la portée générale de l'autre; résulte d'un pouvoir normatif indirect, subsidiaire et conditionné (par la lacune dans le droit applicable) à la différence du pouvoir direct, principal et souverain du législateur.

172. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 35 suiv.

173. R. Demogue précise à cet effet que « le reproche sera décisif pour ceux qui veulent raisonner en droit comme en géométrie et apporter ici une logique à outrance. Le reproche ne nous convainc pas. La séparation des pouvoirs à laquelle on pourrait citer d'importantes dérogations en faveur de l'autorité administrative, peut en comporter aussi quelques-unes en faveur de l'autorité judiciaire, et nous pensons que c'est le cas ici, qu'il n'y ait pas à craindre sérieusement, selon les mots de Montesquieu, que la même personne fit des lois tyranniques pour les appliquer tyranniquement », R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 217.

De surcroît, ce principe est limité aux rapports entre les organes de l'État et a une portée très limitée dans les relations entre particuliers où, en cas de défaillance du législateur, le juge est investi du pouvoir de créer la loi afin d'éviter le déni de justice (article 4)¹⁷⁴, celui-ci s'appliquant à tout manquement de l'État (du juge) « à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu »¹⁷⁵.

Ce devoir s'accomplit par la mise en œuvre du droit par le juge à travers son interprétation, laquelle implique en soi un pouvoir de créer la règle idoine au cas d'espèce à partir du droit existant. Personne ne peut, et sauf abus ou détournement, s'en offenser. Car ce pouvoir d'interprétation du juge en se développant peut bien atteindre « l'élaboration de la règle de droit; c'est le juge qui donne à la loi son vrai visage »¹⁷⁶.

En somme, parce qu'il est très circonstancié, ce rôle normatif par ricochet qui en pratique se dégage de l'article 1147 n'est donc pas à craindre. Les droits et obligations ainsi créés, en raison de leur valeur supplétive n'ont, de l'aveu même des rédacteurs du Code de 1804 que la « force de raison écrite »¹⁷⁷, c'est-à-dire qu'ils n'ont point « d'autorité coactive » et ne doivent, par conséquent, être suivis qu'autant qu'ils sont conformes « aux principes généraux et à la saine raison »¹⁷⁸.

174. Pour les précisions jurisprudentielles apportées, voir Civ., 12 juin 1929 : *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 541.

175. *TGI Paris*, 6 juillet 1994 : *Gaz. pal.*, 1994, 2, 589, note PETIT.

176. P. HÉBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *RCDIP*, 1968, p. 206, n° 1.

177. On pourrait, à la suite de F. Gény, concevoir deux catégories de sources de droit : d'un côté les sources ayant force de loi que sont la loi et la coutume et, de l'autre les sources ayant force de raison écrite au rang desquelles s'alignent la jurisprudence et la doctrine. Certes, dans cette classification, les deux types de sources n'ont pas la même portée. Cependant, il convient de constater que les sources ayant valeur de « raison écrite » ne constituaient pas moins un sérieux appui pour l'interprète qui ne peut s'y soustraire impunément.

178. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence*, v° Raison écrite, 5^e éd., t. XIV, 1830, p. 70. Dans ce sens, il suffit de rappeler que dans « la France coutumière d'autrefois, tandis que les ordonnances et les coutumes avaient seules force de loi, le droit romain n'était reconnu en général [...] que comme ayant force de raison écrite » (F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, n° 138; A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 3^e éd., 1898, p. 718).

On le voit, dans la création du droit, l'application de l'art. 1147 rassure sur l'importance de la jurisprudence¹⁷⁹: « cette clinique du droit, dont l'étude s'impose davantage, à mesure que nous nous éloignons de l'époque de la rédaction du *Code civil*, et qu'en présence de questions nouvelles, soumises aujourd'hui aux tribunaux et ignorées du législateur de 1804, nous sommes amenés à rechercher, non comment il les a résolues, mais comment il aurait pu les résoudre, s'il les avait examinées. C'est ainsi que nous sommes conduits, par la force des choses et le mouvement de la vie, vers un droit coutumier nouveau, qui n'emprunte plus guère au *Code civil* qu'une direction générale, suffisante pour assurer son unité »¹⁸⁰.

Au demeurant, si la jurisprudence n'a pas, par elle-même, la valeur d'une source formelle de règles juridiques, elle contribue à la formation de semblables sources, elle en constitue « un élément essentiel et indispensable, dans la réalité des choses »¹⁸¹. Car, c'est souvent « par une évolution lente des faits, des jugements et finalement des textes, que le droit est appelé à progresser »¹⁸². Ainsi sur certaines questions de la vie pratique, le législateur qui est très souvent « étrangers aux difficultés à solutionner laisse intervenir l'autorité judiciaire qui les connaît journellement et qui peut ainsi résoudre des questions mûries où la solution paraît acquise pour longtemps¹⁸³. « Ces retouches de détail, souvent indispensables pour le progrès du droit, sont des plus utiles pour assurer la mise au point de la loi »¹⁸⁴.

CONCLUSION

Les différentes lectures de l'article 1147 ne sont pas moins légitimes et peuvent se prévaloir toutes de l'autorité des rédacteurs de notre *Code civil*. Les travaux préparatoires

179. G. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 117 et 118. — F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. I, n° 280-281.

180. L. B. cité par F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 42, n° 147.

181. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 50, n° 147.

182. R. SALEILLES, *La Réforme sociale*, n° du 16 avril 1898, t. XXXV, p. 666 — F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 50, n° 147.

183. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 217.

184. *Ibid.*

précisent, en effet, qu'« à défaut de texte précis [...], une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi »¹⁸⁵.

Elles ravivent ainsi, selon les mots de F. Gény, le sentiment très profond que, « pour assurer une mise en œuvre du droit, répondant à tous les besoins et procurant une bonne administration de la justice, il est essentiel de reconnaître [...] au juge un pouvoir de décision propre, dans le silence ou l'insuffisance de la loi »¹⁸⁶ et la certitude que « le juge ne borne pas son rôle à celui d'un interprète : il « participe » réellement à la confection de la loi civile »¹⁸⁷.

François Diesse
61, rue de Saintonge
75003 PARIS — France
Tél. : (01) 44-78-01-07
Télec. : (01) 44-78-01-13
Courriel : fdiesse@yahoo.fr

185. Discours préliminaire sur le Projet de l'an VIII, in FENET, *Recueil Complet des trav. prép. du Code civ.*, t. I, p. 470 à 472. Voir aussi observation du Tribunal de cassation, sur l'article 5 du titre I du livre préliminaire, du Projet de l'an VIII, dans FENET, t. II, p. 415; M. BALLOT-BEAUPRÉ, « Discours préliminaire », in *Le Centenaire du code civil*, p. 27.

186. F. GÉNY, *op. cit.*, note 28, p. 40, n° 147.

187. E. BARTIN, *Études sur le régime dotal*, 1892, préface, p. IV-V.