

## **La défaillance contractuelle**

**OUEDRAOGO Edouard**

*Docteur en droit privé,*

*Maître-Assistant à l'UFR/Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Thomas Sankara*

prof\_e\_ouedraogo@yahoo.fr

**Résumé :** La défaillance contractuelle renvoie à la carence du débiteur, le manquement à ses obligations assumées en vertu du contrat. Il s'agit d'une situation anormale qui peut avoir des incidences tant sur le contrat que sur le patrimoine de ce débiteur défaillant.

En effet, l'inexécution de ses obligations par le débiteur suscite la déception du créancier, dont les attentes sont, pour ainsi dire, trahies. En pareille situation, il pourrait à son tour refuser sa prestation ou, au besoin, contraindre par voie de justice le débiteur à s'exécuter. De la même manière, en respectant les conditions, il pourrait mettre fin au contrat afin de chercher un nouveau partenaire contractuel ; car il n'y a aucun intérêt à rester lié par une convention dont on ne tire aucun avantage.

Il est également possible pour le créancier de viser le patrimoine de son débiteur en situation d'inexécution pour obtenir des dommages-intérêts, au titre de la responsabilité contractuelle. Celle-ci passe, en principe, par une action en justice car, normalement, seuls les juges doivent prononcer une sanction, qui plus est, frappe le débiteur dans son patrimoine.

Cependant, en vertu de la liberté contractuelle, les parties peuvent, au moment de la conclusion du contrat, y insérer des clauses qui excluent ou aménagent la responsabilité. Les premières, en tant qu'elles instituent une impunité, sont sévèrement encadrées par la jurisprudence. Les secondes, expression d'une justice privée, présentent l'avantage de "déjudiciariser" les sanctions contractuelles et, ainsi, faire gagner les parties en temps. De telles clauses imposent au débiteur fautif de payer une somme d'argent, à titre de dommages-intérêts, au créancier désappointé.

**Mots-clés :** contrat-obligation-défaillance-exécution-inexécution- créancier-débiteur-  
sanction-résolution-responsabilité-patrimoine- dommages-intérêts-clause.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>2</b>
<b>I-LA DEFFAILLANCE ET LA VIE DU CONTRAT .....</b>	<b>8</b>
<b>A- Les moyens d'exécution du contrat .....</b>	<b>8</b>
<b>B- La résolution pour inexécution.....</b>	<b>15</b>
<b>II. LA DEFFAILLANCE ET LE PATRIMOINE DU DEBITEUR.....</b>	<b>18</b>
<b>A. Le régime légal de la responsabilité contractuelle .....</b>	<b>19</b>
<b>B. Les aménagements conventionnels</b> Erreur ! Signet non défini.	
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>29</b>

## INTRODUCTION

Lorsqu'un débiteur contractuel respecte ses engagements, conformément à ce qui a été convenu de commun accord, son cocontractant s'en trouve satisfait. Le sentiment devient différent face à un débiteur défaillant. En effet, la défaillance dans l'exécution du contrat suscite quelques préoccupations qui méritent d'être légalement encadrées.

Au sens de l'article 1101 du code civil burkinabè, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. C'est un acte social<sup>1</sup>, en ce sens qu'il est indispensable aux membres d'une société, revenue de l'état de nature. Le contrat est l'une des formes civilisées et pacifiques du commerce humain, c'est-à-dire des rapports interindividuels. Il en est ainsi car il fait appel au consentement. A juste titre, il est classiquement présenté comme un « *accord de volonté* »<sup>2</sup>. Comme tel, il se distingue de l'acte unilatéral<sup>3</sup>. L'échange des consentements est l'indispensable clé de voute du contrat. Contracter, c'est convenir ; convenir, c'est venir ensemble. Si les volontés sont parfois implicites, elles doivent nécessairement exister.

La théorie des contrats irradie quasiment toutes les disciplines. A des degrés variables, elle a investi le droit international<sup>4</sup>, le droit électoral<sup>5</sup>, le droit de la famille<sup>6</sup>, le droit pénal<sup>7</sup> etc. En droit privé, cette notion occupe une place essentielle. Elle intéresse particulièrement le droit civil, entendu au sens large des relations entre sujets de droit, y compris le droit des affaires<sup>8</sup>. Ainsi, sur le plan pratique, le contrat est de très loin la source principale et la plus fréquente d'obligations. Il n'est pratiquement pas de personne qui ne bénéficie du contrat. Du nourrisson

---

<sup>1</sup>V. A. BENABENT, *Droit des obligations*, Paris, Montchrestien, 9<sup>e</sup>éd., 2003, p.10.

<sup>2</sup>Cl. CAUMES, *L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux*, Thèse de Doctorat, Droit, Université d'Avignon, 2010. p. 9.

<sup>3</sup>V. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8<sup>e</sup> éd, Paris, L.G.D.J, 2016, n° 6.

<sup>4</sup>S. HOTTE, *La rupture du contrat international : Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, tome 28, coll. Doctorat & Notariat, Paris, Defrénois, 2007.

<sup>5</sup> En droit électoral, rien n'interdit par exemple les alliances entre partis politiques. De telles associations de circonstance peuvent être regardées au moins pour des contrats politiques, dont la juridicité est discutée.

<sup>6</sup> St. M. ZEINDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.*, 2016. p.773

<sup>7</sup> En droit pénal, certaines législations - anglo saxons surtout -, reconnaissent les transactions entre le ministère public et la personne poursuivie qui plaide coupable, aux fins de lui infliger une sanction moindre. De tels accords sont assimilables au contrat, au moins, parce que les parties doivent être capables. V. Jean-Baptiste Perrier, *La transaction en matière pénale*, tome 61, sous-coll Bibliothèque des sciences, Paris, L.G.D.J., 2014. D'autre part, le droit pénal garantit la force obligatoire des conventions, en pénalisant l'inexécution contractuelle (V. Dé A. MILLOGO, *Droit pénal spécial : Les incriminations fondamentales répréhensibles au Burkina Faso*, coll. Précis de Droit burkinabé, Ouagadougou, PADEG, 2006. no 123). A ce titre, on peut parler de pénalisation du droit contractuel. « *Désormais, les pénalistes comme les civilistes en prennent d'ailleurs acte, certains évoquant même l'idée d'un droit pénal des contrats. Le contrat fait ainsi partie des infractions du droit pénal au même titre que d'autres institutions extra-pénales, telles le domicile. Une union entre le contrat et l'infraction existe donc bel et bien* » (E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, Thèse de Doctorat, Droit, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2011. p. 19 et s ; R. EVAN, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Thèse de Doctorat, Droit, Université de Poitiers, 2013.p. 30 et s.). Au total, la dialectique entre Droit pénal et droit des contrats se constate dans la contractualisation du droit pénal et la pénalisation du droit contractuel.

<sup>8</sup>J.-B. BLAISE & R. DESGORCES, *Droit des affaires : Commerçants, Concurrence, Distribution*, Paris, L.G.D.J, 8<sup>e</sup> éd, 2015. no. 465.

(dont l'alimentation et les soins nécessitent des achats, donc des contrats), au défunt (dont la mise sous terre nécessite quelquefois des prestations des agents de la morgue), tout individu jouit du contrat. Celui-ci nous sert, du berceau au linceul et quotidiennement ; ce qui rappelle la formule suivante de Josserand : « *Nous vivons de plus en plus contractuellement* »<sup>9</sup>.

Sur le plan théorique, les notions mobilisées par le contrat ont essaimé dans tous les domaines, même ceux où il s'agit parfois d'institutions et non d'accords privés, comme en droit de la famille<sup>10</sup>. Le droit public y est certes moins sensible, puisqu'il est dominé par un rapport hiérarchique<sup>11</sup>, un lien de verticalité entre l'Etat et les sujets de droit<sup>12</sup>. Mais, la force de la technique du contrat est telle que la puissance publique elle-même y recourt ; et les contrats administratifs connaissent un développement continu<sup>13</sup>.

Lorsque le contrat est valablement formé<sup>14</sup>, il oblige, par sa force obligatoire<sup>15</sup>, les parties. Celles-ci doivent s'exécuter conformément aux stipulations contractuelles. Ainsi, la plupart des contrats sont exécutés spontanément et correctement, de sorte qu'il ne suscite pas de contentieux. Toutefois, à l'occasion de l'exécution de certains contrats, des différends surgissent parfois entre les parties : soit parce que l'une entend exiger une obligation que l'autre soutient ne pas résulter du contrat, soit parce que le créancier n'est pas satisfait de l'exécution de l'obligation par le débiteur, partiellement ou totalement. Cette défaillance dans l'exécution du contrat vient déjouer les attentes de l'une des parties au contrat<sup>16</sup>, en l'occurrence le créancier.

La défaillance contractuelle n'est pas sans susciter des problèmes. Elle remet en cause l'efficience du contrat et perturbe la confiance et les prévisions du créancier. En effet, le contrat est très certainement l'un des instruments qui rend l'homme maître de l'avenir. Par le jeu des engagements qu'il contracte et ceux qu'il reçoit, '*l'homos contractus*' arrive à planifier son temps, sa vie, son patrimoine. Le contrat est gage de sécurité. Dès sa formation, il crée un sentiment de confiance légitime en chaque partie. Cette seule confiance légitime, déçue par la défaillance contractuelle, a été suggérée comme fondement de la force obligatoire du contrat et de la responsabilité contractuelle.

---

<sup>9</sup> L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTDCiv., 1937, p.7, n°5 ; cité par F. MAUME, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, Thèse de doctorat, Droit, Université d'Evry-Val- d'Essonne, 2015, p. 19.

<sup>10</sup>V. en ce sens I. TARGUES, *Les obligations conventionnelles nées du divorce*, Thèse de Doctorat, Droit, Université Paris II-Panthéon-Assas, 2017.

<sup>11</sup>V. L. M. IBRIGA et W. J. DJIGUEMDE, *Introduction à l'étude du Droit*, Ouagadougou, Editions la Réussite, 2020. p. 120-121.

<sup>12</sup> J. BIAKAN, « Recherches sur les contrats publics d'affaires au Cameroun », Revue africaine des sciences juridiques/African Journal of Law, Université Yaoundé II. n° spécial. 2014. p. 135.

<sup>13</sup>V. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 16<sup>e</sup> éd, 2001, n°1393 et s.

<sup>14</sup>L'article 1108 du code civil pose quatre conditions de fond pour la validité des conventions en ces termes : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* ». A cela, s'ajoutent souvent des conditions de forme nécessaires pour la validité de certains contrats.

<sup>15</sup>Sur la force obligatoire du contrat, v. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n° 451 et s.

<sup>16</sup>V. W. DROSS, « La déception contractuelle : proposition d'un droit commun », RTD Civ., 2018, p. 787.

Et dans une moindre mesure, la défaillance contractuelle perturbe l'économie, en ce qu'elle ralentit l'échange des biens et services, c'est-à-dire les prestations. On comprend aisément pourquoi les législateurs, national et communautaire, s'en préoccupent. En organisant le régime juridique de la défaillance contractuelle, le droit n'entend pas uniquement secourir un contractant désappointé. Il veille également à garantir l'efficacité et le caractère pacifique d'un instrument économique. Ne dit-on pas que le juge est serviteur de l'économie ? Bien souvent, là où il faut annuler le contrat, il préfère le purger et affirmer sa validité juridique, au nom du réalisme économique.

Usuellement, la défaillance est le défaut de fonctionnement ou le fait de faire défaut, de manquer à son rôle<sup>17</sup>. Au sens juridique du terme, la défaillance est définie comme la non-exécution d'une clause ou d'un engagement. Elle consiste en l'inexécution de l'obligation convenue<sup>18</sup>. En vérité, la défaillance est généralement en moins ; dans ce cas, le débiteur ne remplit pas totalement ses obligations. Elle peut aussi être en plus, lorsque le débiteur outrepassé ses droits. Ainsi, toute défaillance constitue-t-elle un manquement contractuel.

La défaillance<sup>19</sup> renvoie à plusieurs formes de non-respect des stipulations contractuelles<sup>20</sup>, dont les conséquences varient en fonction de l'action envisagée.

Il peut tout d'abord s'agir d'un retard d'exécution ou d'une exécution tardive au regard des délais, notamment lorsque la rapidité de la prestation était une condition de sa qualité<sup>21</sup>. C'est l'hypothèse dans laquelle l'obligation est certes exécutée, mais en retard par rapport à la date d'exécution prévue par le contrat.

Ensuite, il peut être question d'une mauvaise exécution ou d'une exécution défectueuse<sup>22</sup>, alors traitée comme une inexécution au regard de sa gravité.

Enfin, il peut s'agir d'un défaut d'exécution connaissant plusieurs degrés : inexécution purement totale, inexécution simplement partielle<sup>23</sup>. La réclamation du créancier sera donc fonction de ce degré d'inexécution.

Du reste, le principe est que le régime de la défaillance contractuelle entre en jeu dès que la "frustration" du créancier résulte de l'inexécution par le débiteur de son obligation contractuelle. Une inexécution quelconque en principe et quelle qu'en soit la source, constitue une défaillance du débiteur : point n'est besoin d'une condition supplémentaire. Aussi, n'est-il

---

<sup>17</sup>V. Dictionnaire le petit Larousse, nouvelle édition, Paris 1998 p.307.

<sup>18</sup>V. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2008. p. 826.

<sup>19</sup> La défaillance, en effet, suppose normalement un contrat régulièrement formé. Un contrat nul peut susciter des fautes délictuelles. Mais, la défaillance ici entendue ne concerne que l'exécution du contrat.

<sup>20</sup>A. D. BOURA, « Le juge et le langage de la clause résolutoire, in Ch. ONANA (dir), *Cahiers juridiques et politiques, Revue de la faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Paris, L'Harmattan, 2020. p. 8.; V. K. KUITCHE, « Aperçu synoptique de la *bonafides* dans le contrat médical » in Charles ONANA(dir), *Cahiers juridiques et politiques*, op cit., p. 68

<sup>21</sup>Op.cit., p.353.

<sup>22</sup>F. TERRE et alii, *Droit Civil : Les obligations*, Paris, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd, 2009, n° 570. p 574.

<sup>23</sup> V. en ce sens C.A. Ouagadougou, 2 Novembre 2018, arrêt n° 104, inédit.

pas nécessaire de rechercher l'intention de nuire<sup>24</sup>. Toutefois, certains auteurs<sup>25</sup>, dans l'hypothèse du non-respect du contrat, font une distinction entre la défaillance d'exécution et l'impossibilité d'exécution qu'ils expliquent par plusieurs facteurs.

D'abord, les événements naturels tels que les tempêtes, les glissements de terrain, les orages, les inondations<sup>26</sup> qui détruisent les biens, objet du contrat, ou empêchent l'exécution des prestations, comme en matière de contrat de transport, peuvent en être l'origine. La maladie peut être rangée dans cette catégorie car elle rend impossible l'exécution de certaines obligations de faire, lorsqu'elles impliquent une exécution personnelle.

Ensuite, l'impossibilité peut être tributaire des événements humains et sociaux, les agissements d'un tiers ou d'un groupe de personnes comme les grèves ou émeutes<sup>27</sup>.

Enfin, les décisions de la puissance publique peuvent rendre impossible l'exécution d'un contrat. En effet, des mesures générales<sup>28</sup> ou particulières<sup>29</sup> peuvent faire obstacle à l'exécution du contrat. En tout état de cause, ces hypothèses sont caractéristiques de la force majeure<sup>30</sup> devant laquelle, la force obligatoire du contrat ne peut que céder. Dans ce cas, en principe, le débiteur est libéré sans être en faute. Au regard des enjeux, le juge joue un rôle décisif dans le constat de la force majeure<sup>31</sup>.

Quant à la défaillance<sup>32</sup> contractuelle, elle constitue un manquement contractuel<sup>33</sup>, voire un fait contraire au droit pour d'autres<sup>34</sup>, lequel appelle normalement une sanction. C'est justement cette dernière hypothèse qui retiendra particulièrement notre attention, et ce, pour plusieurs raisons.

---

<sup>24</sup>Cass. Soc, 4 juin 2002, n°00-42.280, Bull. civ. n°188.

<sup>25</sup>Par exemple, A. BENABENT, *Droit des obligations*, op. cit., p.239.

<sup>26</sup>V. par ex. Civ 3<sup>e</sup> 11 mai 1994, Bull. civ. III. n°94 (Pour un ouragan).

<sup>27</sup>Civ 1<sup>er</sup>, 17 novembre 1999, Bull. civ. I. n 307 (destruction d'un entrepôt lors d'une émeute agricole : le dépositaire est exonéré).

<sup>28</sup>Par ex. contrôle de changes, publication d'un plan d'occupation des sols, etc.

<sup>29</sup>Par ex. un arrêté de péril interdisant l'occupation d'un immeuble ou un arrêté municipal changeant le jour du marché pour lequel une location était prévu.

<sup>30</sup>« *Evènement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage, le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8<sup>ème</sup> édition, 2000, p.392). Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 novembre 2002, Bull. civ. I, n°258. V. aussi. P.-G. POUGOUE, *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011. n°129 et s. p. 56.

<sup>31</sup> « *Le juge doit avoir un pouvoir d'appréciation très large, (de) la force majeure ou l'impossibilité d'exécution. Les situations d'impossibilité d'exécution, peuvent être divisées en deux cas : D'une part, l'impossibilité totale et définitive; cette situation doit être appréciée par le juge. (...). D'autre part, l'impossibilité temporaire d'exécution ; dans ce cas, il est préférable que le juge applique la sanction demandée par le créancier, car dans ce genre de situation, le débiteur a été empêché d'exécuter ses obligations par un cas de force majeure. L'inexécution n'étant pas de sa volonté, le juge doit savoir si le créancier est en mesure d'attendre son débiteur ou pas. Quoi qu'il en soit, le dernier mot doit revenir au juge, car il est maître des sanctions de l'inexécution contractuelle* » (H. SAIDANI, *La rupture du contrat*, Thèse de Doctorat, Droit, Université de Toulon, 2016, p. 242 et s.).

<sup>32</sup>C. HABRE, *La subsidiarité en droit privé*, Thèse de Doctorat, Droit, Université Panthéon- Assas. p. 225.

<sup>33</sup>V. C. RENAULT BRAHINSKY, *Droit des Obligations*, Paris, Gualino, 16<sup>e</sup> éd, 2019- 2020, p. 141.

<sup>34</sup>V.E. PALVADEAU, *Le contrat en droit pénal*, op cit., p. 13 ; F. BUY, *L'essentiel des Grands arrêts du Droit des obligations*, Paris, Gualino, 7<sup>e</sup> éd, 2015-2016, p. 199.

L'examen de la défaillance en général permettra de mettre en exergue, le cas échéant, l'attitude adéquate à observer. Historiquement ancien<sup>35</sup>, le contrat, en tant qu'institution sociale et juridique, n'est pas prêt de disparaître. A mesure que le temps passe, son prestige est de plus en plus renforcé par des réformes législatives et des consécutions jurisprudentielles, toutes visant à assurer son caractère équilibré et obligatoire.

D'une part, le contrat a une fonction indéniablement économique, en ce sens que c'est un moyen d'acquisition de biens, doublé d'un instrument de prévision réciproque<sup>36</sup>. Parfois conclu pour une certaine durée, il constitue un élément de prévisibilité et permet de tenir compte des réalités particulières. Pour tous ces motifs, il est un facteur de progrès.

D'autre part, le contrat a une fonction certainement sociale car, soulignant la liberté de la personne, il est un instrument important d'amélioration des rapports sociaux. Par ailleurs, il tient compte de cet élément psychologique, à savoir qu'on accepte et qu'on exécute mieux ce que l'on a discuté et à quoi l'on a consenti. « *Qui dit contractuel dit juste* », écrivait Fouillée.

Cependant, cette vertu utilitaire<sup>37</sup> du contrat peut être ébranlée, surtout au stade de l'exécution de l'obligation contractuelle. Un contrat inscrit dans la durée crée certainement des intérêts au maintien de la situation existante. Ces intérêts appellent que soit reconnue ou mise en œuvre une certaine stabilisation dans les rapports entre les parties. C'est dire que l'étude de la défaillance contractuelle est d'un intérêt primordial, en ce sens qu'elle soulève pertinemment la question du maintien ou non d'un contrat non respecté.

Mieux, le traitement de la défaillance contractuelle dépendra de plusieurs facteurs : la nature du contrat, celle des obligations, la durée du contrat, le caractère de l'inexécution ou encore la cause de l'inexécution auront un impact indéniable sur le choix de la solution appropriée.

C'est en cela que son étude suscite une question fondamentale, à savoir le sort du contrat en cas de défaillance de l'une des parties. De quelles sanctions le contractant défaillant peut-il juridiquement être l'objet ? Ou du moins, de quels moyens dispose le créancier pour faire respecter ses droits ? Quelle influence joue la défaillance sur le contrat ?

En général, les parties au contrat n'entendent pas céder aux premières difficultés en laissant tomber le contrat. La cause ayant conduit chacune d'elle à contracter est souvent telle que les efforts seront déployés pour le maintien du partenariat contractuel ; ce qui justifierait les recours à la modification du contrat ou, au pire des cas, à l'exécution forcée.

Réfléchir sur la défaillance contractuelle comporte des intérêts théoriques et pratiques.

---

<sup>35</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 201.

<sup>36</sup> V. H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du Droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz-Sirey, 1999, p. 643.

<sup>37</sup> A. ARSAC RIBEYROLLES, *Essai sur la notion d'économie du contrat*, Thèse de Doctorat, Droit. Université d'Auvergne -Clermont-Ferrand I, 2005, p. 267.

Sur le plan théorique, la réflexion donne l'occasion de démontrer les incidences de la défaillance contractuelle sur le contrat et les conséquences pour chaque partie, suivant la gravité et la durée du manquement. Sur le plan pratique, l'étude permet de mettre en évidence les méthodes de détermination de la défaillance contractuelle et les moyens de réaction offerts au créancier.

L'intérêt du sujet s'accompagne de son actualité. En effet, les prétoires des juridictions sont souvent investis pour solutionner des différends contractuels ; ce qui implique, dans tous les cas, le constat d'une défaillance contractuelle : un loyer impayé, un bien non-livré, un dépôt non restitué, une prestation non fournie, etc. Manifestement, la défaillance contractuelle semble quotidienne et prend toutes les formes.

C'est cette défaillance ayant une incidence directe sur le sort du contrat, qui fera l'objet de la première partie de notre analyse, eu égard aux questionnements qu'elle suscite **(I)**. Parfois, pour d'autres considérations, le créancier préférera, en lieu et place du maintien du contrat, la fin des relations<sup>38</sup>, en engageant la responsabilité contractuelle du débiteur. Cette fois-ci, c'est le patrimoine du débiteur que le créancier visera. Cette défaillance ayant une incidence sur le patrimoine du débiteur, sera abordée dans la seconde partie **(II)**.

## **I. LA DEFFAILLANCE ET LA VIE DU CONTRAT**

En cas de défaillance d'une des parties au contrat, l'autre dispose de moyens juridiques lui permettant soit d'obtenir l'exécution **(A)**, soit de demander la résolution **(B)** du contrat.

### **A. Les moyens d'exécution du contrat**

Le créancier insatisfait des prestations de l'autre partie peut recourir à des mesures urgentes d'exécution **(1)** ou à l'exécution forcée **(2)**.

#### **1. Les mesures urgentes d'exécution**

Deux types de mesures peuvent être rangés dans cette rubrique : l'exception d'inexécution **(a)** et les mesures conservatoires **(b)**.

---

<sup>38</sup> M. PICARD et A. PRUDHOMME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », RTD Civ, 1912, p.69.

### a. *L'exception d'inexécution*

L'exception d'inexécution, ou '*exceptio non adimpleti contractus*', est la faculté reconnue à l'une des parties de refuser sa prestation en guise de réaction à l'inexécution de la sienne par le débiteur. Comme telle, elle suspend le contrat en neutralisant les prestations pour ainsi dire. L'exception d'inexécution s'analyse comme une légitime défense contractuelle, par analogie à celle du droit pénal<sup>39</sup>. Elle se range dans les mécanismes dits de justice privée<sup>40</sup>. Quant à son origine et son fondement, « *l'institution se trouve chez les canonistes, sensibles à des préoccupations morales. (...) frangentifidem non est fides servanda (on n'a pas à tenir sa parole envers celui qui ne la tient pas)* »<sup>41</sup>.

Le domaine de prédilection de l'exception d'inexécution est le contrat synallagmatique. Il en est ainsi car dans ce type de contrat, « *l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation de l'autre, de telle sorte que si l'obligation de l'une des parties n'est pas exécutée, l'obligation de l'autre devient sans cause et n'a pas à être exécutée* »<sup>42</sup>. La réciprocité des prestations qui en fonde l'interdépendance autorise le créancier à suspendre son obligation jusqu'à ce que l'autre corrige son attitude contractuelle.

Ainsi, dans le contrat de travail, l'employeur est fondé à refuser le paiement du temps non travaillé, sans motif légitime. Dans le même sens, il peut recourir au lock-out<sup>43</sup> comme « *réponse à une exécution défectueuse du travail ne pouvant être assimilé à l'exercice normal du droit de grève* »<sup>44</sup>. C'est l'illicéité de la grève qui fonde le déclenchement de l'exception d'inexécution par l'employeur.

Dans la vente au comptant, le vendeur non payé est autorisé à ne pas livrer la chose, sur le fondement de l'exception d'inexécution, si l'acheteur ne paie pas le prix. Dans le dépôt onéreux, si le dépositaire n'a pas été payé du salaire convenu, il peut refuser de restituer l'objet déposé, etc. Lorsque le créancier détient la chose d'autrui, le mécanisme tend à se confondre avec le droit de rétention<sup>45</sup>. L'exception d'inexécution est extensible, applicable à « *tous les rapports synallagmatiques, même à ceux qui ne naissent pas d'un contrat, par exemple les restitutions réciproques dues à la suite de la nullité* »<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> La légitime défense du droit pénal est le droit reconnu aux individus de repousser par la force une agression imminente et injuste. Elle est prévue et organisée par l'article 132-2 du code pénal.

<sup>40</sup> Sur la notion, v. par ex : K. WOLOU, « Les mécanismes de justice privée dans la vente commerciale OHADA » in, *Les Horizons du Droit OHADA : Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel Sawadogo*, CREDIJ, 2018, p. 572-591.

<sup>41</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n°874.

<sup>42</sup> Cass. civ., 5 mai 1920, DP 1926. 1. 37.

<sup>43</sup> Le lock-out désigne « *l'interruption de l'activité de l'entreprise ou d'une fraction de celle-ci sur décision direction, au cours d'un conflit du travail, soit pour prévenir une grève, soit pour y riposter* » (G. CORNU, op. cit., p. 524).

<sup>44</sup> G. LYON-CAEN & J. PELISSIER, *Les grands arrêts de droit du travail*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd, 1980, p. 66.

<sup>45</sup> C'est le droit qui permet au créancier de refuser de restituer une chose appartenant à son débiteur qui ne le paie pas. V. P.-G. POUGOUE & S. KUATETAMEGH, *Les Grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 205.

<sup>46</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n°875.

Certains auteurs ont soutenu son application même dans le mariage<sup>47</sup>. Le fondement d'une telle affirmation se trouve dans la jurisprudence Bastien c. Bastien. Selon la Cour de cassation française, « *l'obligation qui est imposée à la femme d'habiter avec son mari est subordonnée à la condition que celui-ci non seulement lui fournisse tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins matériels de la vie, mais assure en outre la protection de sa sécurité et de sa dignité* »<sup>48</sup>. Partant, si le mari n'assure pas à l'épouse les droits ci-dessus évoqués, celle-ci est fondée à quitter le foyer, suspendant ainsi le devoir de cohabitation, sans mettre fin au mariage. Pertinente, l'idée est davantage fondée sur une conception contractuelle du mariage. Une partie de la doctrine, sans remettre en cause le raisonnement, soutient que l'exception d'inexécution dans le mariage a tout l'air d'un mécanisme « *fruste* »<sup>49</sup>.

L'exception d'inexécution, dans sa mise en œuvre, est soumise à certaines conditions.

*Primo*, il faut que le débiteur ait manqué à son obligation. L'exception d'inexécution, en effet, n'est jamais qu'une réaction : c'est l'inexécution qui appelle l'inexécution. La première inexécution doit être grave<sup>50</sup>. C'est le cas si elle concerne l'obligation essentielle même du débiteur, c'est-à-dire celle qui fait l'essence du contrat. Ainsi, dans la vente, la livraison de la chose et le paiement du prix sont les obligations essentielles des parties. Les obligations doivent s'exécuter simultanément. Dans la vente au comptant, l'acheteur est tenu de payer au moment où le vendeur lui livre la chose, donc si l'un n'exécute pas son obligation, l'autre est en droit de suspendre l'exécution de la sienne. La régularité de l'exception d'inexécution s'apprécie au regard d'une inexécution avérée. Il en est autrement en droit français. En effet, avec la réforme de 2016, le législateur de ce pays a consacré « *l'exceptio timoris, l'exception pour crainte d'une inexécution* »<sup>51</sup>. Selon le nouvel article 1220 du code civil français, « *une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves* ».

*Deuxio*, le créancier à son tour est tenu au respect d'un certain nombre de conditions dans sa réaction. Il est tenu à une certaine proportionnalité. Il n'est pas autorisé à refuser sa prestation face à une inexécution minime, c'est-à-dire portant sur une obligation accessoire. Il s'agit là d'un rappel de l'obligation de bonne foi. La mise en demeure<sup>52</sup> ou l'action en justice n'est pas exigée. En cas de contestation, la preuve de l'inexécution du débiteur et de la gravité de celle-ci pèse sur le créancier<sup>53</sup>, qui aura actionné l'exception d'inexécution.

---

<sup>47</sup>H. CAPITANT, F. TERRE & Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions, tome 1*, Paris, Dalloz, 15<sup>e</sup> éd, 2015, p. 271.

<sup>48</sup>Cass. Req. 2. Janvier 1877, *Bastien c. Bastien*, DP, 77.10 162, rapport Onofrio.

<sup>49</sup>H. CAPITANT, F. TERRE & Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile : Introduction, Personnes, Famille, Biens, Régimes matrimoniaux, Successions, tome 1*, op cit., p. 271

<sup>50</sup> L'inexécution doit présenter une certaine gravité. En ce sens, Cass. soc. 21 oct. 1954, P I ; Cass. Com. 30 janv. 1979, n° 77-13. 151, P IV, n° 41. C'est le cas lorsqu'elle concerne l'obligation principale du contrat.

<sup>51</sup>Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n°876.

<sup>52</sup> Cass. Com. 10 déc. 1979. n° 78-11.956, P IV, n° 327.

<sup>53</sup>V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 déc. 1990, n° 89-14. 975, P I, n° 296 ; RTD Civ., 1991, 746, obs J. Mestre ; 4 février 2015, n° 13-28. 808.

Du point de vue de ses effets, l'exception d'inexécution entraîne simplement la suspension de l'exécution de l'obligation, aucunement la fin du contrat. Si tôt que le débiteur aura fourni sa prestation, le créancier doit mettre fin à l'exception d'inexécution.

En vertu donc de l'article 2092 du Code civil<sup>54</sup>, le créancier peut s'emparer de chacun des biens de son débiteur en sollicitant des mesures conservatoires.

### ***b. Les mesures conservatoires***

Le débiteur, de mauvaise foi, peut être tenté de faire disparaître ses biens, objet de droit de gage général des créanciers<sup>55</sup>. Le but des mesures conservatoires est de contrer la défaillance future, orchestrée par le débiteur<sup>56</sup>. A titre de droit comparé, en France, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 dispose que « *tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits* ».

Ces mesures sont soumises à des conditions précises. Tout d'abord, le créancier doit justifier d'une créance « *fondée en son principe* » et de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement<sup>57</sup>. Il n'est donc pas nécessaire que la créance soit liquide, certaine et exigible. La prise de mesure conservatoire passe par une autorisation de justice. Mais, dans certains cas, une décision judiciaire est inutile, car le créancier dispose d'arguments rendant incontestable l'existence de la créance. C'est le cas s'il se prévaut d'un titre exécutoire, d'un effet de commerce ou d'une créance de loyer impayée, s'il existe un contrat écrit<sup>58</sup>.

Du point de vue de ses effets, la mesure conservatoire est une mesure d'attente ; elle est temporaire. A peine de caducité, le créancier doit l'exécuter dans un délai de trois mois à compter de l'autorisation judiciaire et engager une procédure sur le fond pour obtenir un titre exécutoire contre le débiteur<sup>59</sup>. Elle est en outre précaire. Le juge peut toujours, même lorsque son autorisation n'a pas été requise, ordonner que la mesure conservatoire soit levée ou que d'autres mesures, plus pertinentes, soient prises.

Les mesures peuvent consister en une saisie conservatoire générale ou en l'octroi de sûretés judiciaires. Cependant, il ne faut souvent pas se faire d'illusion sur l'efficacité de ce droit de

---

<sup>54</sup> L'article 2092 du code civil dispose en effet que : « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers, présents ou à venir* ».

<sup>55</sup> Le droit de gage général ou droit de gage commun est le « *droit des créanciers sur l'ensemble des biens présents et à venir de leur débiteur* » (G. CORNU, op. cit., p. 405). Il est prévu par l'article 2093 du code civil.

<sup>56</sup>V. Ph. MALAURIE, L. AYNES & P. CROCOQ, *Droit des Suretés*, Paris, L.G.D.J., 10<sup>e</sup> éd, n°4.

<sup>57</sup>V. article 54 AU/RVE. En France, c'est l'article 67 de la loi L. 9 juillet 1991,

<sup>58</sup>V. article 55 AU/RVE.

<sup>59</sup>V. article 70 de la loi française du 9 juillet 1991. En droit OHADA, la décision portant autorisation à pratiquer des mesures conservatoires doit être mise en œuvre dans un délai de trois (03) mois également, sous peine de caducité (v. art. 60 de l'AU/RVE). Cependant, dans les cas où les mesures conservatoires ne sont pas pratiquées en vertu d'un titre exécutoire, le créancier doit dans le mois qui suit lesdites mesures accomplir les formalités afin d'obtenir un titre exécutoire à peine de caducité (v. art. 61 AU/RVE).

gage général. Très souvent, le créancier chirographaire<sup>60</sup> sera toujours supplanté par les créanciers nantis de sûretés réelles.

L'un des recours du contractant mécontent sera de solliciter une exécution forcée si possible.

## 2. L'exécution forcée

Il s'agira ici de relever l'évolution, matérialisée par le passage d'une certaine réticence au recours à l'exécution forcée, avec la distinction classique entre obligations monétaires et celles non monétaires (a), à son admission quasi-généralisée (b).

### a. L'application mitigée du principe de l'exécution forcée

Pour recourir à l'exécution forcée, une distinction est classiquement faite entre obligations portant sur une somme d'argent et les obligations non monétaires.

Pour ce qui est des obligations monétaires, si le contrat est constaté par un acte notarié valant titre exécutoire, le créancier pourra en obtenir l'exécution sans être obligé de se référer à un juge<sup>61</sup>. Même en l'absence d'acte notarié, le créancier a la possibilité de recourir à la procédure rapide de recouvrement de créance, à savoir l'injonction de payer. Cette procédure laisse au juge une marge de manœuvre trop limitée, dans la mesure où il se contentera de constater la réalité de la créance et son exigibilité, sans possibilité de remettre en cause, en tout cas dans son principe, le droit du créancier à l'exécution<sup>62</sup>.

S'agissant des obligations non monétaires, l'article 1142 du Code civil pose le principe en disposant que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Cette disposition semble exclure toute exécution en nature. En réalité, l'on distinguera la condamnation à l'exécution et l'exécution de la condamnation. Si pour le premier cas, rien n'empêche à ce que le débiteur puisse être condamné, il n'en est pas de même pour le second cas car l'exécution en nature n'est pas toujours possible. Cela se perçoit amplement à travers cette maxime latine selon laquelle « *nemo praecise potest cogi ad factum* » : nul ne peut être contraint à faire quelque chose. On retrouve ici l'intérêt principal de la distinction entre les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire : si on peut contraindre le débiteur d'une obligation de donner à l'exécuter en nature<sup>63</sup>, on ne peut pas, en revanche, imposer la même contrainte au débiteur d'une obligation de faire ou de

---

<sup>60</sup> Le créancier chirographaire est le créancier « *démuni de toute sûreté particulière (privilège, hypothèque, gage, etc.)* » (G. CORNU, op. cit., p. 144).

<sup>61</sup> L'intervention du juge n'est pas totalement évincée, mais il n'interviendra qu'en cas de contestation relative au titre dont se prévaut le créancier.

<sup>62</sup> Selon la Cour de cassation française, le juge ne peut substituer le paiement demandé par le créancier à des dommages et intérêts (V. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2003, RTD Civ., 2003, p. 709, obs. MESTRE et FAGES).

<sup>63</sup> Par exemple, si le vendeur refuse de transférer la propriété du bien vendu, il pourra y être contraint

ne pas faire. Ainsi, le peintre qui ne réalise pas le tableau promis ne pourra y être contraint<sup>64</sup>. De même, l'employeur ne peut être contraint de réintégrer le salarié qu'il a abusivement licencié ; il ne lui paiera que des dommages-intérêts<sup>65</sup>. Tout cela s'explique à juste titre par un souci de respect de la liberté des personnes, un principe et une valeur sacro-saints, consacrés par les lois fondamentales<sup>66</sup> des Etats.

L'on relèvera tout de même que rien n'empêche au juge de condamner le débiteur à l'exécution sous astreinte<sup>67</sup>. Dans ce cas, l'astreinte constitue une pression sur le débiteur<sup>68</sup>. Cette condamnation n'aura d'intérêt que si l'exécution suppose le concours effectif du débiteur. Lorsque l'exécution peut se réaliser sans le concours du débiteur, la jurisprudence reste équivoque. Par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation française approuve un arrêt qui a refusé d'ordonner la cessation d'activité prohibée par un contrat, en invoquant le fait que le créancier n'avait pas subi de préjudice<sup>69</sup>. Par contre, et toujours à propos de l'obligation de ne pas faire, la troisième chambre civile a censuré un arrêt qui n'a pas fait droit à la demande de démolition de travaux que le bailleur a irrégulièrement réalisés, en tirant motif de ce que la démolition aurait été disproportionnée<sup>70</sup>. En 2005, la troisième chambre civile de la même cour a cassé un arrêt qui a refusé de condamner un entrepreneur à démolir pour refaire une maison construite et jugée non conforme. Pour adopter cette solution, la Cour rappelle que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la contravention lorsqu'il est possible* », conformément à l'article 1184 du code civil<sup>71</sup>. Ce manque de ligne directrice quant à l'application de l'article 1142 du code civil a amené certains auteurs à dire que la cour de cassation « *fait sortir l'article 1142 du code civil quand elle en a envie* », en se reconnaissant le droit de contrôle de l'opportunité de l'exécution en nature, alors que ce droit est refusé aux juges du fond<sup>72</sup>.

En tout état de cause, deux considérations peuvent avoir des influences sur l'attitude des juges face à un créancier insatisfait. Il s'agit de la considération morale fondée sur le respect de la parole donnée, et qui plaide en faveur de l'exécution en nature et la considération économique qui commande qu'on exclut l'exécution en nature au profit de l'octroi de dommages et intérêts. Ainsi, compte tenu de l'efficacité pratique ou du coût excessif de l'exécution forcée, le juge devrait préférer l'octroi de dommages et intérêts. Cette observation avait déjà été relevée par Pothier qui considère que « *lorsque le débiteur doit ressentir de l'exécution de son obligation un dommage beaucoup plus considérable que celui que le créancier peut ressentir de*

---

<sup>64</sup>En ce sens, v. cass. Req. 14 mars 1990, DP, 1990. 1. 497.

<sup>65</sup>Cass. mixte, 21 juin 1974, D. 1974, 593, concl. TOUFFAIT.

<sup>66</sup>V. Fr. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats : Consolidation- Innovation – Perspectives*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 145.

<sup>67</sup>Il s'agit d'une « *condamnation pécuniaire accessoire et éventuelle, généralement fixée à tant par jour de retard, qui s'ajoute à la condamnation principale pour le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par le juge et tend à obtenir du débiteur, par la menace d'une augmentation progressive de sa dette d'argent, l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel* » (G. CORNU, op. cit., p.83).

<sup>68</sup>V. J. MESTRE, « De l'astreinte », RTD Civ., 1991, p.534.

<sup>69</sup>V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 novembre 1996, RTD civ., 1997, p. 156.

<sup>70</sup>V. Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 3 avril 1996, Bull. civ. III, 2000, n°191.

<sup>71</sup>V. Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, pourvoi n°03-21136.

<sup>72</sup>En ce sens, v. P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in Fr. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (Ss. dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2006, p. 110.

*l'exécution, il est de l'équité que le créancier en ce cas se contente d'être indemnisé de ce qu'il souffre de l'inexécution par une condamnation de dommages et intérêts, et qu'il ne puisse contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution précise de l'obligation* »<sup>73</sup>. Cela ne devrait cependant pas conduire à refuser l'exécution forcée face à un débiteur qui ne s'exécute pas en considération du profit qu'il pourra tirer de l'inexécution. Dans tous les cas, l'appréciation de l'opportunité d'une exécution forcée justifie les atténuations au principe de l'inexécution des obligations non monétaires.

### ***b. L'application extensive du principe de l'exécution forcée***

Le principe en vertu duquel les obligations de faire ou de ne pas faire ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée<sup>74</sup>, est vigoureusement contredite par la jurisprudence.

En effet, selon elle, l'exécution forcée est même de principe sauf, précise la Cour de cassation française, lorsqu'elle est impossible. L'impossibilité se manifeste de trois façons : l'impossibilité morale, lorsque l'exécution forcée aurait pour conséquences de contraindre la personne du débiteur ; l'impossibilité matérielle, dans les hypothèses où l'exécution forcée est impossible ; et l'impossibilité juridique, lorsqu'un tiers de bonne foi a acquis des droits sur le bien, objet du contrat. Par exemple, un propriétaire n'ayant pas délivré un local au locataire ne peut en être contraint si un nouveau locataire est déjà installé dans les lieux<sup>75</sup>. Ainsi, l'article 1142 du Code civil n'est pas applicable à la violation d'une obligation d'approvisionnement exclusif<sup>76</sup> ou à une obligation de jouissance paisible telle qu'il ressort de l'arrêt de la cour de cassation française selon laquelle « *le locataire était fondé à demander au bailleur, tenu de lui assurer une jouissance paisible de la totalité des lieux loués, de restaurer le bâtiment démoli* »<sup>77</sup>.

En revanche, les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel, ne peuvent être exécutées en nature et le créancier ne pourra solliciter que des dommages-intérêts. Cependant, le problème de l'exécution forcée des avant-contrats s'est posé avec acuité. L'hypothèse est celle d'une personne qui promet de vendre un immeuble à un bénéficiaire. Ce dernier dispose alors d'un délai pendant lequel il peut ou non lever l'option. Quelle solution retenir lorsque le promettant refuse de procéder à la vente et se rétracte<sup>78</sup> ?

---

<sup>73</sup>V. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, cité par J.-P. GRIEL et Y.-M. LAITHIER, *Les sanctions civiles de l'exécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux*, JCP, 2008, p. 15.

<sup>74</sup> Sur les exceptions au principe d'impossibilité d'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire, v. W. JEANDIDIER, « Exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ., 1976, p. 200 ; Fl. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Exécution en nature : comparaisons franco-britanniques », Mélanges J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 91.

<sup>75</sup> Cass. civ. 1ère, 27 novembre 2008, RDC 2009, p. 613, obs. J.-B. SEUBE.

<sup>76</sup> Colmar, 18 octobre 1972, JCP, 1973, éd. G, II, 17479, note J.-J. BURST.

<sup>77</sup> Cass. civ. 3ème, 25 janvier 2006, RDC, 2006, p. 818, obs. G. VINEY.

<sup>78</sup> Souvent parce qu'il a, entre-temps, trouvé un acquéreur offrant un prix plus important !

Dans des arrêts très controversés<sup>79</sup>, la Cour de cassation française a admis que, « *dans une promesse unilatérale de vente, tant que le bénéficiaire n'a pas levé l'option, l'obligation du promettant ne constitue qu'une obligation de faire* », de sorte qu'on ne puisse pas procéder à la réalisation forcée de la vente mais uniquement octroyer au bénéficiaire des dommages-intérêts.

Alors qu'elle avait admis la possibilité d'une exécution en nature du pacte de préférence<sup>80</sup> et que de nombreux auteurs en déduisaient un prochain revirement sur le cas de la promesse unilatérale, la Cour de cassation, tout en maintenant pourtant son analyse, a, à travers un arrêt<sup>81</sup> ambiguë, jugé que « *le promettant avait définitivement consenti à la vente et que l'option pouvait être valablement levée par le bénéficiaire* ». Cette décision reste délicate à interpréter : on peut penser que si le promettant a définitivement consenti, il ne peut plus se rétracter ; mais on peut aussi penser que la jurisprudence de 1993 reste d'actualité car, en l'espèce, le promettant ne s'était pas rétracté. Par un arrêt du 12 mai 2011, la Cour de cassation française a réitéré sa jurisprudence de 1993<sup>82</sup>.

Le créancier, plutôt que de solliciter l'exécution forcée ou de recourir à l'exception d'inexécution, peut avoir intérêt à se défaire du contrat pour conclure avec d'autres personnes. Il peut ainsi recourir à la résolution du contrat.

## **B. La résolution pour inexécution**

Lorsqu'une partie n'obtient pas satisfaction, elle peut craindre que le contrat ne lui apporte que des déboires. Ainsi, le contractant peut-il préférer anéantir ce contrat pour repartir sur de "nouvelles bases" : tel est l'objet de la résolution pour inexécution. Le principe est que le recours au juge est nécessaire (1). Toutefois, la résolution peut être non judiciaire (2).

### **1. La résolution judiciaire**

L'article 1184 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil dispose : « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ». L'alinéa 2 du même article offre au créancier une option : il peut soit demander la résolution du contrat, soit en exiger l'exécution si elle est encore possible. Ainsi, le droit de demander la résolution résulte de l'interdépendance des obligations, chaque

---

<sup>79</sup>V. par exemple, cass. civ. 3ème, 15 décembre 1993, D. 1994, 507, note F. BENAC-SCHMIDT ; JCP 1995, éd. G, II, 22366, note D. MAZEAUD.

<sup>80</sup>Le pacte de préférence est « *une convention par laquelle une personne s'engage, pour le cas où elle se déciderait à vendre un bien, à l'offrir d'abord, aux conditions proposées par un tiers au bénéficiaire du pacte, lequel jouit ainsi, pour se porter acquéreur, d'un droit de préemption* ». (G. CORNU, op. cit., p.609).

<sup>81</sup>Cass. civ. 3ème, 8 septembre 2010, JCP, 2010, éd. G, 1051, note G. PILLET ; Rép. Defrénois 2010, p. 2123, obs. L. AYNES et 2011, p. 807, obs. J.-B. SEUBE; RTD. civ., 2010, p. 778, obs. B. FAGES; RDC, 2011, p. 65, obs. Th. GENICON.

<sup>82</sup>Cass. civ. 3ème, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457 note D. Mazeaud, p. 1460, note D. MAINGUY ; RTD. civ., 2011, p. 532, obs. B. FAGES ; Rép. Defrefois 2011, p. 1398, obs. J.-B. SEUBE ; p. 1023, note L. AYNES, « faut-il abandonner la Promesse unilatérale de vente ? ».

obligation ayant pour cause l'autre obligation<sup>83</sup>. Quant à son domaine, la résolution pour inexécution s'applique essentiellement aux contrats synallagmatiques. Toutefois, la jurisprudence exclue-t-elle le contrat de travail car il existe des procédures spécifiques<sup>84</sup> et, parfois, le contrat d'assurance<sup>85</sup>.

Pour sa mise en œuvre, l'article 1184, alinéa 3 du code civil burkinabè affirme la nécessité de recourir à un juge en posant le principe que « *le contrat n'est point résolu de plein droit [...], la résolution doit être demandée en justice* ». L'office du juge consistera à apprécier l'opportunité de la résolution. Celle-ci serait inopportune lorsque l'obligation inexécutée est minimale ; il n'est pas de bonne guerre d'anéantir un contrat pour une défaillance minimale. Il en est autrement lorsque l'obligation en souffrance est l'essence même du contrat. Si la défaillance du débiteur est établie et suffisamment grave, le juge peut prononcer la résolution du contrat. Il peut également le faire aux torts partagés, si les deux parties ont été défaillantes au regard du contrat. Lorsque l'inexécution reprochée au débiteur est justifiée par des difficultés, le juge peut, à certaines conditions, aménager à son profit un régime allégé de paiement. C'est ce qui ressort des alinéas 2 et 3 de l'article 39 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, qui disposent que : « ... *compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.*

*Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette »<sup>86</sup>.*

Tant que la résolution n'est pas prononcée, les parties sont tenues par le contrat<sup>87</sup>. Le temps de la demande en justice et le prononcé d'une décision définitive, peuvent suffire au débiteur pour s'exécuter.

Du reste, les parties peuvent unilatéralement résoudre le contrat.

## **2. La résolution unilatérale**

On examinera la résiliation unilatérale autorisée dans certaines conditions par la loi (a), avant d'aborder l'hypothèse de la clause de résolution convenue lors de la conclusion du contrat (b).

---

<sup>83</sup>Cass. Civ. 14 Avril 1891. DP 91. 1. 329, note PLANIOL, S. 94. 1. 391.

<sup>84</sup>Ch. Mixte, 21 juin 1974, D.1974.593.

<sup>85</sup> Le régime légal sanctionnant les fausses déclarations exclut le jeu de l'article 1184 (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 octobre 2002, Bull. civ., I, n°243).

<sup>86</sup> Le débiteur doit également être de bonne foi, en faisant des efforts pour diminuer autant que possible sa dette. V. Tribunal de commerce de Ouagadougou, Jugement n°358, 28 décembre 2012, inédit.

<sup>87</sup> Com 1<sup>er</sup> décembre 1992 Bull. civ., IV n°392 ; Com 24 mars 1992, Bull. civ., IV, n°136.

### **a. La résiliation unilatérale autorisée par la loi**

Ce type de résiliation s'applique surtout dans les contrats à durée indéterminée<sup>88</sup>. C'est un principe juridique que les engagements à vie ne sont pas admis. Partant, il faut reconnaître la faculté à la partie qui le souhaite, de se délier d'un engagement souscrit sans durée précise. Pour autant, la faculté de résiliation ici visée, doit s'exercer sans abus. Pour ce faire, la jurisprudence subordonne sa mise en œuvre à un préavis. Celui-ci vise à informer le partenaire contractuel, afin de le préparer à la rupture et lui permettre d'agir en conséquence. Il en est ainsi à propos du licenciement d'un salarié<sup>89</sup>.

Toutefois, le préavis est parfois plus ou moins exclu. C'est le cas dans les contrats fondés sur "*l'intuitu personae*". En effet, de telles conventions sont basées sur la confiance personnelle placée dans le cocontractant. Si tôt que celle-ci est rompue, il est normal que le contrat soit résilié unilatéralement. En ce sens, la loi accorde expressément une faculté de résiliation unilatérale à certains contractants comme le mandant<sup>90</sup> et le déposant<sup>91</sup>. Encore que certains contrats comportent des clauses de résolution unilatérale.

### **b. La clause de résolution convenue dans le contrat**

Dérogeant à l'article 1184 du Code civil<sup>92</sup>, le principe de la clause résolutoire est validé par la Cour de cassation française depuis 1860<sup>93</sup>.

Les clauses résolutoires sont donc valables, sauf exceptions<sup>94</sup>. Leurs effets sont tributaires de leur formulation. Ainsi, lorsqu'elles se contentent de dire que le contrat sera résolu en cas d'inexécution, il y a un simple rappel de l'article 1184. Par conséquent, une mise en demeure est nécessaire, avant de saisir obligatoirement les juridictions. Ainsi formulée, la clause résolutoire est d'un intérêt limité. Si la clause stipule que "la résolution aura lieu de plein droit", il suffit d'une inexécution et d'une mise en demeure préalable, pour qu'elle soit actionnée. Le recours au juge n'est pas obligatoire. Enfin, lorsque la clause stipule que la résolution aura lieu "de plein droit et sans sommation", elle dispense à la fois du recours au juge et de la mise en demeure<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup>G. LYON-CAEN & J. PELISSIER, *Les grands arrêts de droit du travail*, op cit., p. 362 et s.

<sup>89</sup>P. KIEMDE, *Droit du travail et de la sécurité sociale*, Coll. Précis de Droit Burkinabé, Ouagadougou, PADEG, 2006, p. 121.

<sup>90</sup>V. article 2004 Code civil.

<sup>91</sup>V. article 1944 Code civil.

<sup>92</sup>Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris II, éd 2007. p. 381.

<sup>93</sup>Cass. Civ. 2 juil. 1860. DP, 1860. 1. 284.

<sup>94</sup>On peut relever au titre de ces exceptions, la prohibition totale de telles clauses dans les baux à ferme et partielle dans les baux d'habitation.

<sup>95</sup>V. F.M. SAWADOGO et W. D. KABRE, *Théorie Générale des obligations, Droit burkinabè et comparé*, Ouagadougou, Edition 2020, p. 118.

Il convient d'observer que les clauses résolutoires voient leur opportunité réduite. En effet, même en l'absence de telles clauses, une partie peut rompre unilatéralement le contrat en cas de manquement grave par l'autre partie à ses obligations. Rappelons à ce sujet que dès 1998, la Cour de cassation française a admis, contre la lettre et l'esprit de l'article 1184 du code civil, qu'en l'absence de clause résolutoire et sans nécessité d'établir l'urgence, une partie peut rompre unilatéralement le contrat en raison de la gravité du comportement de l'autre<sup>96</sup>.

Mieux, la chambre commerciale de la Cour de cassation française permet à un cocontractant de rompre unilatéralement le contrat, en présence d'une clause résolutoire, mais sans respect de la procédure formelle arrêtée de commun accord, et ce, en raison de la gravité du comportement de l'autre. C'est ce qui ressort de son arrêt du 20 octobre 2015 lorsqu'elle refuse de censurer un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui relève que « *l'article 3.6 du contrat stipulant que la qualité est un élément déterminant de l'engagement des parties et que la lettre de résiliation du 26 novembre 2009 vise notamment le manque d'accueil, les lacunes affectant les sanitaires, la saleté [...], ainsi tous ces éléments démontrent que la société Idées du monde a gravement manqué à la qualité élémentaire de ses prestations et que ces manquements graves et réitérés justifient la résiliation du contrat sans préavis* »<sup>97</sup>. La gravité du manquement à une obligation contractuelle justifie alors une résolution immédiate, sans attendre une décision de justice, tel est l'exemple de l'expulsion d'un spectateur qui trouble une représentation. Peu importe que le contrat soit à durée déterminée ou non.

De ce qui précède, l'on peut retenir que le créancier du débiteur défaillant a la possibilité soit de forcer ce dernier à l'exécution de son obligation, si cela est encore possible, ou s'abstenir d'exécuter la sienne, soit de mettre fin aux relations contractuelles. En plus de ces moyens, il lui est reconnu la possibilité de viser directement le patrimoine de son cocontractant, en engageant sa responsabilité contractuelle.

## **II. LA DEFFAILLANCE ET LE PATRIMOINE DU DEBITEUR**

La défaillance du débiteur peut avoir causé au créancier des préjudices. En compensation, il est reconnu à ce dernier la possibilité de demander réparation par le biais de la responsabilité contractuelle. Nous allons examiner d'abord le régime légal de cette responsabilité contractuelle (A), avant d'aborder les aménagements conventionnels permettant aux parties de retenir la solution qui leur paraît la plus appropriée (B).

---

<sup>96</sup>V. Cass. Civ., 13 octobre 1998, JCP, 1999.II.10133.

<sup>97</sup>V. Cass. Com. fr, 20 octobre 2015, n° 14-20.416, Contrats, conc. consom. 2016, comm. n° 3, obs. L. LEVENEUR.

## A. Le régime légal de la responsabilité contractuelle

Pour engager la responsabilité contractuelle de son débiteur, le créancier doit, avant la mise en œuvre d'un mécanisme procédural particulier (2), s'assurer de la réunion des conditions de fond de cette responsabilité (1).

### 1. Les conditions de fond de la responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle suppose la réunion de trois (03) éléments : un manquement contractuel, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Alors que le lien de causalité ne nécessite pas de remarques particulières, l'appréciation de la faute (a) et du dommage (b) témoigne de l'idée de faveur dont bénéficie celui qui intente une action en responsabilité contractuelle par rapport à celui qui intente une action en responsabilité délictuelle.

#### a. Le manquement contractuel

Pour engager sa responsabilité contractuelle, il faut prouver la faute du débiteur défaillant. A cet égard, la gravité de la faute est en principe sans incidence. Toutefois, on aurait tort de penser que les distinctions anciennes sont totalement inutiles : la clause limitative de responsabilité sera ainsi paralysée en cas de faute lourde assimilable au *dol*<sup>98</sup>.

Le Code civil est assez confus relativement à la preuve de la faute. En effet, deux conceptions peuvent être relevées : si l'on en croit l'article 1147 du code civil, la faute est prouvée du simple fait que le contrat n'ait pas été exécuté car « *le débiteur est condamné [...] soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution [...]* ». Ainsi, la faute consiste dans l'inexécution du contrat<sup>99</sup>. Par contre, si l'on en croit l'article 1137

---

<sup>98</sup>V. Cass. Civ. sect. com., 15 juin 1959, D., 1960. 97, note RODIERE.

<sup>99</sup> « *Attendu qu'en l'espèce, il ressort constamment de l'examen des pièces du dossier que l'interdiction bancaire a été émise après que la Pharmacie SOULIGNE ait régularisé son compte conformément aux dispositions suscitées ; qu'en effet, l'interdiction bancaire est intervenue le 21 mars 2011, tandis que le compte a été régularisé le 14 mars 2011 auprès du Trésor Public, régularisation qui a été portée à la connaissance de la UBA le 15 mars 2011 comme l'attestent les pièces du dossier ; qu'il est clair que l'interdiction prononcée par la UBA contre la Pharmacie SOULIGNE viole les dispositions suscitées et est donc manifestement abusive ; Que sans qu'il soit besoin de s'attarder sur les questions de la gestion du compte de l'appelante, notamment le problème du virement non effectué à temps et dont la preuve n'a pas été rapportée en l'espèce, il y a simplement lieu de retenir que la UBA a commis une faute dans ses rapports contractuels (C'est nous qui soulignons) avec l'intimée, engageant du même coup sa responsabilité ; que la décision du premier juge sur ce point est pertinent et sera simplement confirmée » (C A, Ougadougou, arrêt n°34, 18 décembre 2015, inédit).*

du code civil<sup>100</sup>, il faut, outre l'inexécution, démontrer une imprudence du débiteur contractuel qui n'aurait pas agi comme un "bon père de famille".

Cette apparente contradiction des dispositions du code civil a été conciliée par Demogue et sa célèbre distinction<sup>101</sup> : obligation de moyens/obligation de résultat. L'obligation de résultat oblige le débiteur à un résultat précis indépendamment des moyens<sup>102</sup>. Il commet une faute lorsque le résultat n'est pas atteint. Dans l'obligation de moyens, le débiteur doit tout mettre en œuvre pour s'exécuter. La non-atteinte du résultat n'est pas une faute en soi, sauf si elle résulte d'une négligence, d'une imprudence.

La jurisprudence utilise cette distinction, mais les utilisations en sont si nombreuses que l'on peine à proposer une synthèse satisfaisante.

Dans le domaine médical, avant que la responsabilité médicale ne devienne délictuelle<sup>103</sup>, le principe était celui d'une obligation de moyens<sup>104</sup>. Cependant, face aux progrès de la médecine et l'absence d'aléa de certains actes médicaux, la jurisprudence avait retenu que le chirurgien esthétique et le prothésiste dentaire étaient tenus d'une véritable obligation de résultat. Bien plus, il avait été jugé qu'« *un médecin est tenu, à l'égard de son patient, en matière d'infection nosocomiale, d'une véritable obligation de sécurité de résultat, dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère* »<sup>105</sup>.

L'obligation de sécurité quant à elle, offre une autre réalité. Découverte dans le contrat de transport<sup>106</sup>, l'obligation de sécurité s'est peu à peu immiscée dans de nombreux contrats de prestation de service. C'est tantôt une obligation de résultat, tantôt une obligation de moyens. Pour la jurisprudence, le critère à considérer est celui du rôle tenu par le créancier de l'obligation de sécurité. Lorsque celui-ci est actif, il s'agit d'une obligation de sécurité de moyens<sup>107</sup>. Par contre, s'il est passif, il s'agit d'une obligation de sécurité de résultat<sup>108</sup>.

---

<sup>100</sup> L'article 1137 du code civil dispose que : « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la conservation 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...* ».

<sup>101</sup> DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1924. n°1237 et s.

<sup>102</sup> Il a été jugé qu'une société d'assistance était tenue d'une obligation de résultat à l'égard de son client, ce qui lui imposait de s'assurer qu'il prenait effectivement l'avion en cas de rapatriement ou retour prématuré, sans avoir à souffrir d'un surbooking (Cass. civ. 1ère, 1 mai 2005, RDC, 2005, p. 1102, obs. PH. DELEBECQUE).

<sup>103</sup> Cass. civ. 1ère, 14 octobre 2010, D., 2010, p. 2682, note P. SARGOS ; p. 2430, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2011, chron., p. 35, O. GOUT ; RTD. Civ., 2011, p. 128, obs. P. JOURDAIN.

<sup>104</sup> V. Cass. civ., 20 mai 1936, DP, 1936, 1, 88, concl. MATTER, GAJC n°161).

<sup>105</sup> Cass. civ. 1ère, 29 juin 1999, D., 1999, 559, note D. THOUVENIN.

<sup>106</sup> Cass. civ. 21 novembre 1911, D., 1913, 1, 249, 1ère espèce, affaire Compagnie Générale Transatlantique c/Zbidi Hamida ben Mahmoud, note SARRUT, S. 1912, 1, 73, note LYON-CAEN. ; J. Y. TOE, *Droit des transports*, Collection Précis de droit burkinabé, Ouagadougou, PADEG, 2006, p. 134.

<sup>107</sup> Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, D. 1998, somm., obs. L. LACARABATS : « *L'association organisant un stage de parapente, n'étant tenue que d'une obligation de moyens, commet une faute en n'interrogeant pas la stagiaire avant son premier saut sur son niveau et son état physique et psychologique* ».

<sup>108</sup> Cass. civ. 1ère, 21 octobre 1997, D., 1998, 271, note Ph. BRUN : « *l'organisateur d'un vol en parapente et le moniteur sont tenus d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de leurs clients pendant le vol sur des appareils biplaces au cours duquel ceux-ci n'ont joué aucun rôle actif* ».

Outre l'existence de la faute contractuelle, la responsabilité contractuelle nécessite un dommage contractuel.

### ***b. Le dommage contractuel***

Bien que l'article 1147 du code civil ne l'exige pas formellement, la responsabilité contractuelle suppose, outre l'inexécution du contrat, un dommage contractuel. Dans la plupart des cas, le dommage se déduit naturellement de l'inexécution. Mais, lorsqu'il n'en est pas ainsi, le créancier de l'obligation inexécutée doit, pour être indemnisé, alléguer un dommage. On retrouve ici le dualisme de l'action en responsabilité contractuelle : s'il se contente de demander l'exécution de l'obligation, il n'a, en principe, pas de préjudice à prouver. S'il demande en revanche des dommages intérêts pour réparer un préjudice dépassant l'exécution du contrat, il devra prouver le dommage qu'il a subi. Toutefois, cette position de principe est parfois méconnue et l'on est contraint d'avouer ici les flottements jurisprudentiels. Ces flottements traduisent sans doute les hésitations sur la notion même de responsabilité contractuelle : si l'on y voit un mode d'exécution du contrat<sup>109</sup>, il n'est pas nécessaire de prouver un quelconque préjudice ; si l'on y voit une réparation, il faut démontrer la réalité d'un préjudice.

Sur la nécessité d'un dommage<sup>110</sup>, la Cour de cassation française a exigé que le créancier prouve un dommage pour exiger l'exécution du contrat en nature<sup>111</sup>. Puis, postérieurement, elle a dispensé le créancier de la preuve d'un préjudice, alors qu'il demandait, non l'exécution du contrat, mais une indemnisation financière<sup>112</sup>. Enfin, le 3 décembre 2003, la troisième chambre civile de la cour de cassation française a opéré un revirement de jurisprudence en subordonnant, en matière de bail, l'indemnisation du bailleur, au cas où les réparations locatives n'avaient pas été faites, à la démonstration d'un préjudice<sup>113</sup>. Sur cette lignée, un arrêt de la deuxième chambre civile de la même cour de cassation française a estimé que : « *une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute* »<sup>114</sup>. La Cour d'Appel de Ouagadougou abonde dans le même sens : « *Attendu qu'au sens de l'article 1142 du code civil toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ; Attendu que sur le fondement de cette disposition Koudougou Boukari demande que Tao Hamidou soit condamné à lui payer la somme de trois cent mille (300 000) francs en réparation du préjudice subi en raison de l'exécution partielle par cette dernière de sa part d'obligation dans le contrat les liant ; (...)*

---

<sup>109</sup> V. P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts contractuels ne seraient qu'une modalité d'exécution de l'obligation inexécutée », RTD Civ., 2003 p.711.

<sup>110</sup> Sur ce point, v. C. A Ougadougou, arrêt n° 12, 20 février 2015, inédit.

<sup>111</sup> Cass. civ. 1ère, 19 novembre 1996, RTD Civ., 1997, 156 et 437, obs. P. JOURDAIN. « Il s'agissait d'une vente avec clause de non concurrence ».

<sup>112</sup> Cass. civ. 3ème, 13 novembre 1997, RTD Civ., 1998,124, obs. P. JOURDAIN. Dans un autre arrêt relatif à la responsabilité médicale, la cour a, en revanche, décidé que la violation par le médecin d'une obligation d'information ne pouvait être sanctionnée qu'autant qu'il en résultait un préjudice pour le patient (Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2002, RTD Civ., 2003, p. 98, obs. P. JOURDAIN ; RDC, 2003, p. 47, obs. D. MAZEAUD).

<sup>113</sup>RTD Civ. 2004, p. 295, obs. P. JOURDAIN ; Contrats-concurrence-consommation 2004, comm. n°38, obs. L. LEVENEUR ; RDC, 2004, p 280, obs. PH. STOFFEL-MUNCK et p.359, obs. J.-B. SEUBE.

<sup>114</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 septembre 2008, RDC, 2009, p. 77, obs. O. DESHAYES.

*Attendu qu'en l'espèce, en dehors de l'invoquer, Koudougou Boukari n'apporte aucune preuve d'un quelconque préjudice qu'il a subi du fait des agissements de Tao Hamidou dans le cadre de l'exécution du contrat les ayant liés ; qu'il sied dès lors rejeter cette demande en paiement de dommages et intérêts comme étant mal fondée ; que le Tribunal a donc fait une saine application de la loi »<sup>115</sup>.*

Toutefois, la question de la prévisibilité du dommage se pose. Alors que dans la responsabilité délictuelle tous les dommages seront réparés, l'article 1150 du code civil dispose, pour la responsabilité contractuelle, que « *le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». A sa suite, l'article 1151 du même code énonce que « *dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ». Ainsi, seuls les dommages prévisibles lors de la signature du contrat pourront être indemnisés<sup>116</sup>.

Dans tous les cas, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle est relativement encadrée pour éviter les abus.

## **2. La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle**

Avant d'obtenir la réparation (b), l'art 1146 du Code civil impose un préalable à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle, à savoir la mise en demeure du débiteur défaillant (a).

### **a. La mise en demeure**

La mise en demeure est l'interpellation du créancier à l'endroit du débiteur, pour honorer sa part du contrat. C'est le fait pour le premier d'inviter le second à régulariser sa défaillance contractuelle. Elle se justifie par son utilité ou son opportunité.

La mise en demeure est utile notamment pour rappeler au débiteur le principe même de l'obligation, lorsqu'il l'a oubliée. Il faudrait encore qu'il s'agisse d'une obligation de faire. S'agissant d'une obligation de ne pas faire consistant en une abstention, la mise en demeure est sans utilité en ce sens que le mal est irrémédiablement fait. C'est le cas d'un salarié qui viole une clause de confidentialité. Cependant, lorsque la cessation de la violation de l'obligation de ne pas faire conserve un intérêt pour le créancier, celui-ci peut toujours mettre le débiteur en demeure.

---

<sup>115</sup> C. A. Ouagadougou, arrêt n° 007, *Affaire Tao Hamidou c. Koudougou Boukari*, 5 janvier 2018, inédit. V. aussi Tribunal de Commerce de Ouagadougou, Jugement n°391, 13 décembre 2017, inédit.

<sup>116</sup> Paris, 31 mars 1994, *Gaz. Pal.*, 1994, I, 407.

Formellement, pour mettre le débiteur en demeure, l'article 1139 du code civil exige un acte solennel, signifié par un huissier tels qu'une sommation, un commandement, une citation en justice, ou tout acte équivalent, voire une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante. Dans tous les cas, il faut que le créancier manifeste clairement son intention d'obtenir l'exécution. En matière de bail commercial, la mise en demeure est affranchie du rigorisme du formalisme. Ainsi, elle peut se faire de manière simplifiée par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen<sup>117</sup>. Cette simplicité épouse adéquatement l'idée d'une exigence de souplesse, de célérité et d'efficacité que sous-tend le monde des affaires.

Lorsqu'elle est régulièrement faite, la mise en demeure emporte essentiellement trois effets. D'abord, elle permet au créancier de demander des dommages-intérêts réparant le préjudice lié à l'inexécution. Ensuite, elle fait courir des dommages et intérêts moratoires contre le débiteur<sup>118</sup>. Enfin, elle opère un nouveau transfert des risques sur la tête du débiteur qui redevient ainsi responsable en cas de destruction de la chose conformément à l'article 1138, alinéa 2 du code civil. La mise en œuvre demeurée sans suite laisse la possibilité au créancier de saisir le juge pour réclamer réparation.

#### **b. *La réparation du dommage***

Le dommage contractuel souffert par le créancier oblige le débiteur à réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

Il existe principalement deux formes de réparation. La première est en nature, la seconde, en espèce. La réparation en nature consiste pour le débiteur, dans le cadre de la réparation, à gommer le dommage par une prestation autre que le paiement d'une somme argent à titre de dommages-intérêts. A l'opposé, la réparation en espèce ou par équivalent, consiste en l'allocation de dommages intérêts.

Le principe énoncé dans l'article 1142 du code civil est que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Le fondement de cette règle est qu'elle vise à éviter qu'une contrainte physique soit exercée contre la personne du débiteur. Quant à son domaine, l'article 1142 n'envisage que les obligations de faire et les obligations de ne pas faire. Lorsque la prestation consiste en une obligation de donner, le juge peut, en principe obliger le débiteur à s'exécuter. L'exemple classique est celui des sommes d'argent<sup>119</sup>. Toutefois, lorsque l'obligation de donner a un caractère hautement personnel, le créancier ne peut prétendre qu'à des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts contractuels ont vocation à réparer l'intégralité du dommage prévisible

---

<sup>117</sup> Art. 263 al. 2 de l'AU/DCG.

<sup>118</sup> V. par exemple Tribunal de Commerce Ouagadougou, Jugement n°004, 12 janvier 2016 ; n° 371/2020, n°370/2020, 30 décembre 2020.

<sup>119</sup> V. Tribunal de Commerce de Ouagadougou, Jugement n°002/2016, 7 Janvier 2016.

causé au créancier. Ce dommage est souverainement apprécié par le juge du fond. Toutefois, rien ne l'empêche de solliciter le concours d'un expert.

L'article 1143 du code civil burkinabè offre aussi la possibilité au créancier de demander la destruction de ce que le débiteur indélicat aurait fait en violation d'une obligation de ne pas faire. Et, lorsque le débiteur condamné ne s'exécute pas, le créancier peut obtenir une autorisation judiciaire en vue de faire exécuter l'obligation par un tiers, aux frais de ce débiteur<sup>120</sup>.

Les parties peuvent, éventuellement, aménager la responsabilité contractuelle.

## **B. Les aménagements conventionnels**

Les aménagements conventionnels peuvent porter tant sur les conditions de la responsabilité (1) que sur le montant de la réparation (2).

### **1. Les clauses relatives aux conditions de la responsabilité**

Il s'agit des clauses de non responsabilité (a) et des clauses relatives à la force majeure (b).

#### *a. Les clauses de non responsabilité*

Les clauses de non responsabilité sont celles qui viennent limiter les obligations du débiteur, en précisant qu'il ne répondra pas de tel ou de tel type de dommage. Ainsi en est-il, par hypothèse, d'un contrat de transport qui prévoit qu'en cas de retard, le transporteur ne devra aucune réparation ; ou encore d'une clause qui exonère en tout état de cause le déposant, en cas de disparition du bien confié. Cependant, la question de la validité de telles clauses peut se poser.

Dans le principe, elles sont valables en vertu de la liberté contractuelle<sup>121</sup>. Toutefois, cette validité connaît quatre limitations très importantes.

La clause ne peut pas porter sur l'obligation essentielle du contrat<sup>122</sup>, car ce serait le vider de sa substance. Ainsi, le vendeur ne peut pas se dispenser de fournir la chose vendue, le

---

<sup>120</sup>Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janv 2006, n° 04-20. 142, P III, n° 9.

<sup>121</sup> Sur ce point, v. Civ. 1<sup>er</sup>, 28 juin 1989, n°86-18.410, *Bull. civ.* I, n°265 ; JCP G, 1989, IV, 331 ; Com., 23 novembre 1999, JCP G, 2000, II, 10326, note Chazal.

<sup>122</sup>Cass. com., 22 oct. 1996, *Chronopost*. V. aussi Cass. Com. 18 décembre 2008, JCP, 2008, I, n°125.

loueur, la chose louée, l'entrepreneur, d'exécuter le travail convenu, le teinturier, de restituer l'objet confié. L'assureur ne peut pas vider la garantie de tout son contenu par l'accumulation de cas d'exclusion<sup>123</sup>. Seules les obligations accessoires peuvent faire l'objet d'une telle clause, pourvu encore que ces obligations ne soient pas d'ordre public<sup>124</sup>.

Quant à la gravité des fautes, celles dolosive et lourde écartent les clauses de non-responsabilité car on ne peut admettre qu'un contractant profite de cette "impunité" pour manquer volontairement à ses engagements<sup>125</sup>.

Concernant la nature du dommage, ceux corporels ne peuvent faire l'objet de clause de non-responsabilité, car le corps humain ne peut être l'objet de contrats<sup>126</sup> ; les obligations de sécurité sont d'ordre public<sup>127</sup>.

Enfin, s'agissant de la qualité des parties, dans la plupart des contrats conclus entre un consommateur et un professionnel, la jurisprudence annule les clauses de non responsabilité prévues au profit de ce dernier.

### ***b. Les clauses relatives à la force majeure***

En principe, toute responsabilité est exclue en cas de force majeure rendant l'exécution impossible ; mais cette règle n'est pas d'ordre public. Ainsi, un contractant peut accepter de supporter le risque de la force majeure<sup>128</sup> dans le même esprit qu'un assureur supporte le risque d'un événement imprévu.

Bien entendu, les clauses relatives à la force majeure ne concernent que les événements extérieurs. Lorsque c'est le fait de la victime qui est la cause, le débiteur pourra en faire état pour être déchargé en tout ou en partie de sa responsabilité ; les clauses relatives à cette faute de la victime seraient certes possibles (sauf pour la faute intentionnelle), mais elles sont en pratique inexistantes.

---

<sup>123</sup> Civ 1<sup>er</sup>, 17 février et 23 juin 1987, Bull. civ ; I, n 55 et 202 ; 2 mai 1990, Bull civ, I, n 114 ; 14 janvier 1992, Bull. Civ, I, n°14.

<sup>124</sup> C'est le cas de la garantie des vices due par un professionnel ou les devoirs de conseil et de bonne foi.

<sup>125</sup> Exemple : la pratique du surbooking : Paris, 15 septembre 1992, D., 1993, 98.

<sup>126</sup> « On ne saurait..., se faire autoriser par contrat, à porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui » (J.C. TAHITA, Théorie générale des obligations, t. I : les sources d'obligation, Ouagadougou, Temple du savoir, 2012, p.136). V. aussi, P. ESMEIN, Les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne, Mélanges R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 271.

<sup>127</sup> En ce sens, v. civ., 29 juin 1872, Jur. gén. Dalloz, V° « Duel », n°105 (la convention d'irresponsabilité civile entre duellistes est nulle). Outre que la personne humaine est indisponible (v. H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t. III, 2<sup>ème</sup> volume, 6<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 1984, n°2575), on a insisté sur « la nécessité de garantir la réparation des dommages corporels, en raison de l'importance vitale de cette indemnisation pour les individus concernés et pour la société toute entière » (G. VINEY et P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Economica, 2017, n°194-1) et parce que ce sont des droits reconnus comme fondamentaux qui sont alors atteints (M. BACACHE – GIBEILI, La responsabilité civile extra - contractuelle, Paris, Economica, 2007, n°558

<sup>128</sup>Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 31 oct. 2006, n° 05-19. 171, P III, n° 212.

Du reste, les parties peuvent convenir de certaines clauses relatives à la preuve. Tout d'abord, elles peuvent convenir de la charge de la preuve, notamment en précisant si elles entendent que l'obligation soit de moyens ou de résultat. Elles sont en principe valables, sauf si elles concernent les obligations de sécurité touchant à la personne humaine<sup>129</sup>. Il en résulte que le contrat ne peut réduire une obligation de sécurité, qui est de résultat, en obligation de moyens, alors que l'inverse est possible.

En plus, les parties peuvent prévoir les modes de preuve qui devront être utilisés pour mettre en jeu la responsabilité contractuelle. Ainsi, dans une vente de marchandise ou un marché de travaux, le contrat organise souvent une procédure d'expertise à déclencher dans un certain délai pour établir les défauts. Ces clauses sont valables car les règles de preuve ne sont pas d'ordre public, sauf bien sûr si les règles prévues sont si sévères qu'elles rendent en fait tout autre mode de preuve impossible.

## **2. Les clauses relatives au montant de la réparation**

Les clauses relatives au montant de la réparation embrassent les clauses limitatives de responsabilité (a) et les clauses pénales (b).

### ***a. Les clauses limitatives de responsabilité***

Des contrats peuvent comporter un plafond de responsabilité. A cette occasion, les contractants déterminent dans les clauses concernées la limite supérieure des dommages-intérêts qui pourront être dus par le débiteur. Cette technique a l'avantage de rendre plus aisée la conclusion de ces contrats. Il en est ainsi du contrat de souscription d'une assurance, l'assureur pouvant ainsi chiffrer le risque qu'il garantit.

Les clauses limitatives de responsabilité sont le plus souvent soumises au même régime que les clauses de non responsabilité<sup>130</sup> : elles sont donc valables en principe, sous les mêmes exceptions.

---

<sup>129</sup> V. en ce sens T. civ. Seine, 27 mars 1924, Gaz. Pal., 1924, 2,686- Civ. 2<sup>ème</sup>, 4 juin 1970, n°68-13.721, Bull. civ., II, n°197 ; D., 1970, Somm., 192 (Est nulle la convention exonérant des conséquences civiles d'homicide ou de blessures par imprudence).

<sup>130</sup> Sur les clauses de non responsabilité et leur régime, voir supra, p.25 et s.

## ***b. Les clauses pénales***

La clause pénale est « *celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* »<sup>131</sup>. Quelque peu maladroite, cette définition a été affinée par la Cour de Cassation française qui retient que : « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »<sup>132</sup>.

La clause pénale présente certains avantages. D'abord, elle permet de tarir le contentieux sur l'importance du dommage en ce sens que le débiteur répare, non pas le dommage effectivement subi, mais offre la somme convenue. Ensuite, elle sert de pouvoir de pression sur le débiteur contractuel, car s'il ne s'exécute pas, il sait d'ores et déjà à quelle sanction, parfois importante, il s'expose.

Quant à sa nature, la clause pénale présente deux caractères.

D'une part, elle tient lieu de dommages-intérêts. Cette affirmation entraîne plusieurs conséquences. D'abord, le débiteur ne s'expose au jeu de la clause pénale que s'il manque à l'une de ses obligations<sup>133</sup>. Ensuite, le débiteur ne supportera la clause pénale que si, en temps normal, il aurait pu être condamné au paiement de dommages intérêts. Ainsi, si son inexécution est liée à un cas de force majeure, la clause pénale ne pourra jouer. Enfin, le créancier ne pourra demander en même temps la clause pénale tenant lieu d'indemnisation et l'exécution en nature du contrat. Il doit choisir.

D'autre part, la clause pénale est forfaitaire. Cela a pour conséquence que le créancier ne pourra se voir allouer une somme plus importante si son préjudice est plus conséquent, ni une somme inférieure si son préjudice est plus léger<sup>134</sup>.

Le caractère forfaitaire de la clause pénale en faisait une arme contractuelle redoutable. En effet, certains contractants n'hésitaient nullement à prévoir des clauses pénales d'un montant très important, forçant ainsi leur débiteur à s'exécuter. Pour pallier de tels excès, en droit français, le législateur est intervenu<sup>135</sup> et a autorisé le juge à modérer les clauses pénales<sup>136</sup>. Il y a là une exception notable au principe qui veut que le juge soit le serviteur du contrat, mais ne puisse en rien, en devenir l'auteur. En revanche, en droit burkinabè, le principe demeure celui

---

<sup>131</sup> Art. 1226 du code civil.

<sup>132</sup> Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1995, D., 1996, p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR.

<sup>133</sup> Il faut donc distinguer la clause pénale de la clause de dédit ou de la clause d'immobilisation qui, dans les promesses unilatérales de vente, mettent à la charge du bénéficiaire le paiement d'une somme d'argent au cas où il ne lève pas l'option. Dans ces hypothèses, le bénéficiaire ne manque à aucune de ses obligations ; il exerce simplement une liberté qui consiste à lever ou non l'option qui lui a été consentie. Cass. civ. 3ème, 5 décembre 1984, D., 1985, p. 544, note Fr. BENAC-SCHMIDT.

<sup>134</sup> V. l'article 1152 du code civil qui dispose que : « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être allouée à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ».

<sup>135</sup> En France l'intervention législative a eu lieu par la réforme du 11 juillet 1975 et celle du 11 octobre 1985 qui ont modifié les articles 1152 (en cas d'inexécution totale) et 1231 (en cas d'inexécution partielle) du Code civil.

<sup>136</sup> F. PASQUALINI, La révision des clauses pénales, Rép. Defrénois 1995, p. 769.

de la fixité du montant prévu, au nom de la liberté contractuelle<sup>137</sup>. Selon la Cour d'appel de Ouagadougou, dès lors que la clause pénale est insérée de commun accord, « ...seules les parties ont cette capacité de la modifier, la réviser ou la supprimer simplement »<sup>138</sup>. Et « pourtant, bien que la clause soit valable, son application peut être source d'abus, si elle est disproportionnée par rapport au montant du préjudice réel », s'inquiètent F. M. Sawadogo et W. D. Kabré<sup>139</sup>.

L'on peut remarquer une distinction selon que l'inexécution soit totale ou partielle. L'article 1231-5 al. 2 du code civil dispose que « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité, qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire ». On s'aperçoit ici que le juge peut aligner la pénalité sur le dommage effectivement subi, si la différence entre les deux est trop importante. Cette faculté du juge n'a pas à être motivée quand celui-ci décide d'appliquer purement et simplement le contrat<sup>140</sup>. En revanche, quand le juge modère la pénalité, il doit préciser en quoi le montant de celle-ci est manifestement excessif ou dérisoire<sup>141</sup>.

L'article 1231 du code civil vise quant à lui, les hypothèses d'inexécution partielle. Il souligne que « lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier ». Il faut alors comprendre qu'en cas d'exécution partielle, le juge peut, *primo*, modérer la peine et, *secundo*, tenir compte de ce que l'exécution partielle a procuré un avantage au créancier.

Il est évident que quand les parties ont elles-mêmes prévu un barème dégressif du montant de la clause pénale en tenant compte de l'exécution partielle, le juge perd le pouvoir que lui donne l'article 1231 du code civil<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup>En ce sens, v. J.-C. TAHITA, *Théorie générale des Obligations*, Ouagadougou, Temple du Savoir, 2016, p. 143.

<sup>138</sup>Arrêt n°17 du 07/01/2016 Inédit ; cité par F.M.SAWADOGO et W. D. KABRE, *Théorie Générale des obligations, Droit burkinabè et comparé*, op cit, p. 113.

<sup>139</sup>Ibidem.

<sup>140</sup>Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2001, Bull. civ. I, n°218 : « le juge, pour qui la réduction des obligations résultant d'une clause pénale manifestement excessive n'est qu'une simple faculté, n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, il refuse de modifier le montant de la peine qui y est forfaitairement prévue ».

<sup>141</sup>Cass. ch. mixte, 20 janvier 1978, RTD Civ., 1978, p. 377, obs. G. CORNU : pour réduire le montant d'une clause pénale, les juges du fond ne pouvaient se borner à relever qu'il était "un peu élevé", sans rechercher en quoi ce montant était manifestement excessif.

<sup>142</sup>Cass. com., 21 juillet 1980, D., 1981, p. 335, note FR. CHABAS : « Le juge ne peut appliquer l'article 1231 lorsque les parties ont elles-mêmes prévues une diminution de la peine convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle de l'engagement aura procuré au créancier ».

## CONCLUSION

Au terme de cette étude sur la défaillance contractuelle, quelques remarques s'imposent.

L'inexécution du débiteur peut avoir plusieurs causes. Dans tous les cas, elle n'est pas sans conséquence sur le contrat et le patrimoine du débiteur.

Face à la défaillance de ce dernier, le créancier peut suspendre sa prestation, en actionnant l'exception d'inexécution<sup>143</sup>. Celle-ci vise à vaincre l'inertie du débiteur en décrétant la sienne propre. En ce sens, elle apparaît comme un mécanisme de justice privée contractuelle. Dans le même sens, le créancier peut déclencher des mesures conservatoires, pour contrecarrer la mauvaise foi du débiteur. Ce dernier est parfois tenté de dissiper son patrimoine pour ne pas s'exécuter. Les mesures conservatoires visent à faire échec à cette insolvabilité programmée.

Le créancier peut également recourir aux mesures d'exécution forcée<sup>144</sup> à l'encontre du débiteur, lorsque celles-ci sont possibles, les conditions régulièrement remplies.

Par moments, la déception du créancier le conduit à solliciter la fin du contrat par voie judiciaire. Exceptionnellement, la loi ou une clause contractuelle peut l'autoriser à mettre fin au contrat.

Souvent, le créancier vise le patrimoine du débiteur, sans souhaiter la fin du contrat<sup>145</sup>. On parle alors de responsabilité contractuelle. Celle-ci, essentiellement, est subordonnée à deux conditions. Ce sont d'une part, le manquement contractuel et le dommage contractuel, d'autre part. Le premier désigne la faute du débiteur, le second, le préjudice subi par le créancier.

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle est souvent précédée d'une interpellation, qui prend la forme d'une mise en demeure. Celle-ci vise à rappeler au débiteur l'existence même de l'obligation, l'inviter, par conséquent, à l'honorer. La mise en demeure doit obligatoirement être reçue par le débiteur. Elle est rédigée en termes clairs et énergiques qui rendent compte de la volonté du créancier d'obtenir satisfaction.

Le mode de réparation varie selon les obligations non-exécutées. Lorsque la prestation a un caractère personnel, ou consiste en une obligation de faire ou de ne pas faire, le débiteur est condamné à payer des dommages-intérêts. Il en est ainsi du fait de l'abolition de la contrainte

---

<sup>143</sup> Ch. MBA-OWONO, « L'exception d'inexécution dans la vente commerciale OHADA », *Revue CERDIP*, volume 2, n°2, juillet - décembre 2006. p. 4 et s. ; J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 3.

<sup>144</sup> A.-D. WANDJI KAMGA, *Le droit à l'exécution forcée : Réflexions à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse de Doctorat en Droit, Universités de Limoges et Yaoundé II, 2009. p. 3 et s.

<sup>145</sup> M. ADAMOU, « L'obligation de confidentialité », in *Les Horizons du Droit OHADA : Mélanges en l'honneur du Professeur Filiga Michel SAWADOGO*, op cit., p. 89.

par corps<sup>146</sup>. Il est donc inconcevable de forcer physiquement le débiteur à offrir sa prestation. Ce serait une atteinte à son intégrité physique ou morale.

Toutefois, si l'obligation consiste à donner une somme d'argent, les mécanismes d'exécution forcée peuvent contraindre le débiteur à s'exécuter<sup>147</sup>. En tout état de cause, la justice veille au respect des conditions de la responsabilité contractuelle.

Du reste, les parties peuvent l'aménager par des clauses contractuelles. Ce sont les clauses de non-responsabilité, celles relatives à la force majeure, à la limitation de la responsabilité et les clauses pénales.

Elles participent du mouvement "d'unilatéralisation" et de déjudiciarisation des sanctions contractuelles. Comme telles, elles ont le mérite de la rapidité et de la prévisibilité<sup>148</sup>. Ce qui leur attire les faveurs de la pratique. Toutefois, la jurisprudence veille minutieusement à leur mise en œuvre. Elle s'évertue à préserver les intérêts du créancier désappointé, sans sacrifier le débiteur aux humeurs, à la puissance circonstancielle de son partenaire. En clair, les tribunaux les valident sous réserve d'abus.

La clause de non-responsabilité, encore appelée clause évasive, vise à exonérer totalement le débiteur de toute réparation en cas d'inexécution. Délicate, elle est soumise à des conditions, conciliables avec la bonne foi et l'efficacité du contrat.

Les clauses relatives à la force majeure apportent une dérogation conventionnelle aux effets légaux de la force majeure. Autrement dit, elles rendent le débiteur responsable, même face à un événement constitutif de force majeure.

Les clauses relatives à la limitation de responsabilité fixent un plafond dans le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur.

La clause limitative a ceci de commun avec la clause pénale<sup>149</sup>, qu'elles obligent toutes, le débiteur à réparation, *a priori*, sans recourir au juge.

---

<sup>146</sup> La contrainte par corp est une « mesure privative de liberté exécutée en maison d'arrêt et prononcée par un tribunal répressif contre les condamnations de droit commun, qui n'acquittent pas le montant des amendes infligées ou les frais de leur procès, sans cependant les libérer de leur dette envers l'Etat » (G. CORNU, op. cit., p. 216). On parle maintenant de contrainte judiciaire en droit pénal burkinabè (voir articles 622-1 et ss du Code de Procédure Pénale).

<sup>147</sup> V. M. NIANE, *L'exigence de sécurité juridique dans le recouvrement des créances*, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 2014, p. 2 et s.

<sup>148</sup> Cf. L. MARIGNOL, *La prévisibilité en droit des contrats*, Thèse de doctorat, Droit, Université Toulouse Capitole, 2017, p. 12.

<sup>149</sup> Pour une vue d'ensemble de la clause pénale., v. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, Paris, L.G.D.J., 1992.

Toutefois, les clauses contractuelles ci-dessus évoquées n'écartent pas absolument le risque de litiges sur leur interprétation ou leur mise en œuvre. Par conséquent, le juge reste l'ultime arbitre auquel les parties peuvent s'en remettre.