

INEXÉCUTION ET JUSTIFICATION: QUELQUES OBSERVATIONS AU SUJET DU RÔLE DE L'IMPOSSIBILITÉ ET DE LA FAUTE EN DROIT ALLEMAND DES CONTRATS

par **Günter Reiner***

I. Introduction

En droit allemand, l'impossibilité et la faute jouent un rôle majeur dans le régime de l'inexécution contractuelle. Avant d'entrer en détail dans les deux concepts, j'aimerais d'abord présenter la taxonomie des obligations contractuelles du point de vue allemand, puis donner un bref aperçu du système du régime de l'inexécution.

1. La taxonomie des obligations contractuelles

Une distinction est faite d'abord entre les obligations à la prestation (*Leistungspflichten*) et les «autres obligations de comportement» (*weitere Verhaltenspflichten*), également appelées «obligations protectrices» (*Schutzpflichten*). Les premières visent, souvent par écrit, la réalisation de l'objectif contractuel, tandis que les secondes servent à protéger l'intégrité (physique et patrimonial) des contractants. Selon l'acception allemande, les secondes découlent, le plus souvent implicitement, du principe général de bonne foi dans les contrats (art. 242 du code civil allemand – *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), même si dans d'autres systèmes juridiques elles seraient plutôt qualifiées comme étant de caractère délictuel. En tout cas, je ne les regarderai pas ici.

Ensuite, dans la catégorie des obligations à la prestation, on distingue entre les «obligations (à la prestation) principales» (*Hauptleistungspflichten* ou simplement *Hauptpflichten*) et les «obligations (à la prestation) accessoires» (*Nebenleistungspflichten* ou *Nebenpflichten*). Les obligations principales caractérisent le contrat en désignant les prestations principales (par ex. la livraison des biens achetés, le paiement du prêt, la mise à disposition des biens loués, le paiement du prix d'achat ou du loyer); les obligations accessoires complètent et assurent la réalisation du but du contrat, soit explicitement comme par exemple dans le cas d'une clause de non-concurrence, soit implicitement fondées encore sur le principe de bonne foi. Les obligations principales sont exécutoires (en nature) en soi, les obligations accessoires le sont seulement lorsque elles sont «indépendantes» en ce sens que leur exécution a sa propre valeur, comme par exemple l'obligation du vendeur de joindre une notice d'utilisation à l'article vendu. Les soi-disant obligations accessoires «dépendantes» par contre, qui ne servent qu'à assurer l'exécution des obligations principales, ne sont pas exécutoires; elles n'acquièrent de l'importance que quand l'exécution de l'obligation principale associée a échoué: comme point de départ d'un reproche de faute (ci-dessous IV.). Le vendeur par Internet d'un objet fragile par exemple est en ce sens «obligé» d'emballer l'objet si bien avant son expédition qu'il arrive intact chez l'acheteur.

* Professeur de droit privé à Faculté des sciences économiques et sociales, Helmut-Schmidt-Universität (université de la Bundeswehr) à Hambourg/Allemagne.

Pour compléter le tableau, il convient d'établir une dernière distinction parmi les obligations à la prestation exécutoires: les obligations primaires et secondaires. Les obligations «primaires» ou «primitives» (*primäre Leistungspflichten*) sont les obligations initiales pour l'exécution desquelles le contrat a été conclu; les obligations «secondaires» (*sekundäre Leistungspflichten*) sont les obligations qui ne naissent qu'à la suite d'une inexécution (p. ex. l'obligation en dommages et intérêts) ou à la suite de l'exercice d'un recours juridique résultant de l'inexécution (p. ex. le droit au remboursement du prix de vente naissant après l'exercice du droit de résolution).

Passons maintenant au système des recours ou, plus largement, du régime de l'inexécution des obligations primaires (*Leistungsstörungen*).

2. Le système du régime de l'inexécution

On dit que ce système est marqué par un «dualisme» (*Zweispurigkeit*)¹; la grande réforme du droit des obligations (principalement des obligations contractuelles) de l'année 2002 n'a rien changé de substantiel à cela: En fait, le droit allemand des obligations distingue selon que l'inexécution (après l'échéance) est définitive ou que l'exécution peut être rattrapée.

Dans les deux cas, la loi prévoit comme conséquence juridique le droit du créancier aux «dommages-intérêts en lieu et place de la prestation» (dommages-intérêts intégraux, *Schadensersatz statt der Leistung*) et – s'agissant d'un contrat synallagmatique – son droit de résolution (*Rücktrittsrecht*, art. 323, 437 no. 2, 634 no. 3 du *BGB*) ou, le cas échéant, son droit à une réduction du prix de vente ou du prix de l'ouvrage qu'il peut exercer à la place du droit de résolution (*Minderung*, art. 437 no. 2, 441; 634 no. 3, 638 du *BGB*). Toutefois, tant qu'il n'est pas certain que l'inexécution (y compris la mauvaise exécution) soit définitive, le créancier doit d'abord accorder au débiteur la chance d'exécuter encore et il doit lui fixer un délai raisonnable pour cela (art. 281 al. 1er et art. 323 al. 1er du *BGB*)², son droit de réclamer des dommages-intérêts moratoires (art. 280 al. 2, art. 286 du *BGB*) n'en étant pas affecté. En outre, il existe des recours ou conséquences juridiques propres à chacun des deux cas: l'exécution forcée, l'exception d'inexécution (art. 320 et s. du *BGB*) en cas d'inexécution temporaire et la suppression (extinction) des obligations primaires *ipso iure* ou le droit de refus en cas d'inexécution définitive (art. 275 et 326 al. 1 du *BGB*).

L'inexécution est considérée comme définitive en ce sens

- si le débiteur se refuse sérieusement et définitivement à exécuter,
- si des circonstances particulières justifient, eu égard aux intérêts des deux parties, la résolution immédiate (art. 281 al. 2, 323 al. 2 no. 1 et 3) et
- surtout si l'exécution est «impossible» (*unmöglich*, art. 275; 283; 326 al. 5; cf. aussi 281 al. 3, 323 al. 2 no. 2 du *BGB*).

¹ Cf. p. ex. W. Ernst, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 7ème éd. 2016, § 275, note 15; P. P. Huber et F. Faust, *Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht*, Munich 2002, p. 10 à 12 (chapitre III.: *Die zweispurige Regelungssystematik des neuens Rechts als Mittelweg*).

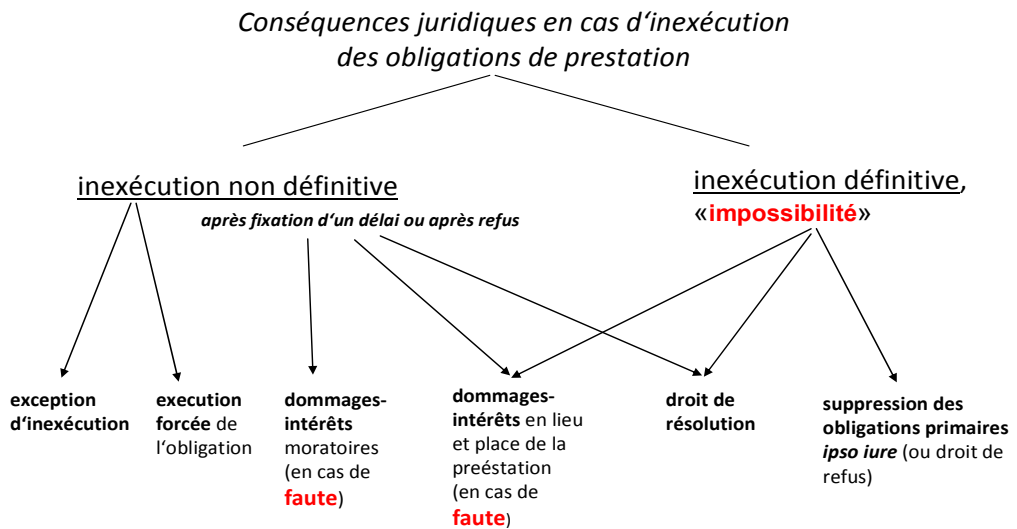
Cf. aussi le droit français où, en rapport avec l'inexécution du contrat, la notion de «dualité» se réfère à la distinction entre le régime contractuel et délictuel. PH. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 323, 338; D. Gardner et B. Moore, *La responsabilité contractuelle dans la tourmente*, Les Cahiers de droit, vol. 48 (2007), p. 543, 546 à 553.

² Cf. l'art. 1231 du code civil français voulant que, «[à] moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable».

Presque toute réflexion sur les conséquences juridiques en cas d'inexécution d'une obligation (contractuelle) commence par la question de savoir si l'exécution est encore possible. De cela résulte la fonction de «panneau indicateur» du concept de l'impossibilité en droit allemand de l'inexécution.

En fait, à part l'impossibilité, il y a encore un deuxième concept phare en droit allemand des obligations: c'est la faute (*Verschulden*), qui, par l'intermédiaire du concept plus large de «responsabilité» (*Vertretenmüssen*), est la condition légale de toute demande en dommages-intérêts en droit des contrats, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

Figure 1. Illustre le système et la place qu'y occupent l'impossibilité et la faute.



«§ 275 Exclusion de l'obligation à la prestation

(1) Le droit à la prestation est exclu, dans la mesure où celle-ci est impossible pour le débiteur ou pour toute autre personne».

L'article 311a al 1er du *BGB* précise que, contrairement à l'ancien droit, avant la réforme de 2002, ce principe ne fait pas obstacle à la validité du contrat quand l'impossibilité existe déjà lors de la conclusion du contrat (impossibilité initiale, *anfängliche Unmöglichkeit*). Cette précision est importante, car elle justifie le fait que la partie qui s'est engagée à une prestation initialement impossible soit tenue d'indemniser l'autre partie «en lieu et place de la prestation» (*Schadensersatz statt der Leistung*), si elle a agi de manière fautive, c'est-à-dire si elle avait connaissance de l'impossibilité ou si elle aurait dû la connaître (art. 311a al. 2 du *BGB*). Le débiteur est donc responsable comme en cas d'inexécution (fautive) d'une obligation existante.

A première vue, l'article 275, qui reprend l'adage de théologie morale et de loi naturelle⁵ *ultra posse nemo obligatur* (aussi: *impossibilium nulla obligatio*), semble contenir une évidence⁶. En effet, l'exclusion de l'obligation ou, comme l'on dit aussi, la «libération» du débiteur paraît inévitable en cas d'impossibilité dite objective (ou: absolue), si la prestation due ne pourrait être fournie par personne, par exemple quand objet dû n'existe pas ou plus⁷. Dans un tel cas, un jugement sur l'exécution serait dénué de sens⁸.

L'exclusion de l'obligation à la prestation est pourtant moins évidente dans les cas d'impossibilité dite subjective (*subjektive Unmöglichkeit*; aussi appelée *Unvermögen*) quand le débiteur n'est pas capable d'exécuter, mais d'autres personnes le seraient. Dans ces cas-là, où l'impossibilité n'est pas absolue, l'exclusion dépend de la mesure dans laquelle le débiteur est censé avoir voulu s'engager. Ainsi, le concept de l'impossibilité subjective réalise une approche *normative*; en dernier lieu, la question de savoir si l'impossibilité existe ou non est le résultat d'un processus de pesée d'intérêts.

La vente consécutive d'une chose à deux personnes différentes en est un exemple. Ici, le vendeur, qui a valablement transféré la chose au premier acquéreur, pourrait bien la racheter s'il était seulement prêt à lui en payer un prix irrésistible. Mais le droit allemand ne lui demande pas tant⁹; si la jurisprudence n'assume aucune obligation de rachat dans ce cas, c'est parce qu'elle ne veut pas supposer que le vendeur voulait s'engager à coûte que coûte et surtout pas à se rendre dépendant des caprices du premier acheteur; le fait que le vendeur se soit mis dans cette dépendance tout seul n'y change rien. Par conséquent, la vente de la chose au deuxième acheteur est valable, mais le vendeur n'a aucune obligation de donner car le transfert de la chose est considéré comme lui étant subjectivement impossible¹⁰.

⁵ Cf. M. J. Schermaier, dans: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, tome II, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, Tübingen 2007, § 275, note 12.

⁶ Cf. M. J. Schermaier, *op. cit.*, § 276, note 6: Selon l'auteur, l'art. 275 ordonnerait une «ridicuité», qui, même en l'absence d'une disposition positive, devrait être prise en compte dans tout procès si le débiteur invoquait l'impossibilité.

⁷ W. Ernst, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, note 36.

⁸ W. Ernst, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, *op. cit.*, § 275, note 33.

⁹ Cf. par ex. la Cour fédérale (*Bundesgerichtshof*), arrêt en date du 25 octobre 2012, VII ZR 146/11, juris, note 33; confirmé p. ex. par la décision du 6 juillet 2017, I ZB 11/16, juris note 13.

¹⁰ Toutefois, le vendeur droit des dommages-intérêts au second acheteur, ou parce qu'il s'est mis intentionnellement dans impossibilité à exécuter la deuxième vente (§ 280 al. 3, 283 du *BGB*) ou, si la première vente a déjà été exécutée lors de la conclusion de la deuxième, parce qu'il avait connaissance de l'impossibilité (initiale) lors de la conclusion du contrat (§ 311a al. 2 du *BGB*), la faute (art. 280 al. 1, deuxième phrase du *BGB*, ci-dessous III.1.) étant établie dans les deux cas.

L'approche subjective de l'impossibilité trouve une extension dans les alinéas 2 et 3 de l'article 275, qu'il convient de mentionner ici au moins brièvement:

- (2) *Le débiteur peut refuser la prestation, dans la mesure où celle-ci requiert des dépenses qui, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi, sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt que présente cette prestation pour le créancier. Lors de la détermination des efforts que l'on peut exiger du débiteur, il y a lieu de prendre en considération le point de savoir s'il est responsable de l'obstacle à la prestation.*
- (3) *Le débiteur peut en outre refuser la prestation lorsqu'il doit la fournir personnellement et que cela serait exagéré de l'exiger de lui après comparaison de l'obstacle qui s'oppose à sa réalisation et de l'intérêt qu'elle présente pour le créancier».*

Il s'agit là de cas particuliers donnant lieu à une pesée d'intérêts avec une marge d'appréciation considérable. En fait, les deux règles sont rarement applicables, l'alinéa 2 étant en plus subordonné à l'imprévision de l'art. 313 du *BGB* (intitulé «Troubles du fondement de l'acte juridique», *Störung der Geschäftsgrundlage*)¹¹.

En droit de la vente, on observe une application particulière du concept de l'impossibilité qui permet de relativiser l'obligation (pourtant, selon la terminologie française, «de résultat») du vendeur de fournir une chose exempte de défauts matériels et juridiques (art. 433 al. 1er, deuxième phrase du *BGB*); elle a son origine en droit européen de la consommation: Selon l'article 439 alinéa 1er du *BGB*, l'acheteur peut exiger au choix la réparation du bien défectueux ou son remplacement, et selon l'article 439 al. 3, première phrase du *BGB*, le vendeur peut refuser le mode de dédommagement choisi par l'acheteur «s'il n'est possible que moyennant des coûts disproportionnés» [italiques ajoutées]¹².

2. Commentaire

Mis à part les cas plutôt rares de l'impossibilité absolue, le concept de l'impossibilité se résume en une métaphore désignant l'ampleur de l'effort dû par le débiteur en vertu du rapport d'obligations et du contrat notamment. L'impossibilité est une question du contenu du contrat avant tout, même si le libellé des alinéas 2 et 3 de l'article 275 et celui aussi de l'article 439 alinéa 3 du *BGB* semble plutôt inspiré de l'idée d'équité.

Le concept de l'impossibilité serait superflu en droit des contrats si les parties étaient capables d'anticiper l'avenir lors de la conclusion du contrat. Le contractant saura déjà à ce moment quel effort l'exécution de son obligation lui coûtera à l'échéance et pourrait s'abstenir de conclure s'il trouve que cet effort est trop élevé pour lui, notamment par rapport à la valeur de la contreprestation promise par l'autre partie en échange. De ce manque d'information, cette incertitude, résulte un risque que les termes du contrat et, en l'absence, le droit légal des contrats (le plus souvent supplétif) ont vocation de répartir entre les deux parties.

La détermination des obligations (contractuelles) par la seule indication *d'un résultat dû* (p. ex. la livraison de la chose, la mise à disposition de la chose louée, le montage de

¹¹ C. Grüneberg, dans: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 78ème éd., Munich 2019, § 275, note 29.

¹² Cf. l'art. 3 al. 3 («Droits du consommateur») de la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12 à 16: «3. Dans un premier temps, le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien ou son remplacement, dans les deux cas sans frais, à moins que cela ne soit impossible ou disproportionné. [...]» [italiques ajoutées].

l'ouvrage, la fourniture de l'information) est l'un des moyens contractuels de répartition de ce risque. Concrètement, la promesse de réaliser un résultat (a priori) indépendamment de l'effort nécessaire ressemble à une sorte de garantie ou une responsabilité de plein droit. À l'examen pourtant, cette «garantie» est loin d'être complète, le risque que le débiteur contractuel doive s'investir plus que ce qu'il espérait n'est pas illimité. Certains ordres juridiques en tiennent compte en recourant aux concepts de la force majeure¹³ ou du *hardship*. Le droit allemand a préféré, à part l'imprévision (ci-dessus 1.), le concept l'impossibilité subjective comme outil qui permet de tenir compte des circonstances, telles qu'elles existent réellement au moment de l'exécution, afin de *doser* l'ampleur de l'effort dû par le débiteur en conséquence, le tout en considérant la volonté hypothétique du parties¹⁴.

Quel est l'intérêt alors de déterminer l'obligation à la prestation au moyen d'un *résultat* si l'inconditionnalité de la promesse n'est qu'apparente? C'est au niveau de la charge de preuve que la définition de l'obligation contractuelle par l'indication d'un résultat à obtenir joue principalement: Le fait que le résultat promis n'a pas été atteint après de l'échéance, donne lieu à une présomption d'inexécution, c'est-à-dire une présomption de rupture de contrat. C'est au débiteur qui se défend contre une demande en exécution en nature de s'exonérer et de prouver qu'en réalité il n'y a pas (ou plus) d'obligation contractuelle, car il n'est pas (ou plus) possible de réaliser le résultat dans le cadre de l'effort convenu.

Mon hypothèse, ici présentée sous la forme de quelques observations rapides, est qu'en fait, le concept de l'impossibilité ne prend effet en droit allemand que dans la mesure où l'obligation (contractuelle) est définie par un *résultat* (ou un effet) que le débiteur doit atteindre. Dans la mesure par contre où les obligations sont définies par l'énoncée d'une activité générale ou un *comportement* faisant implicitement appel à la volonté de faire un effort – par exemple «travailler» ou «donner de soins médicaux» – il n'y a pas besoin de ce concept. Grâce à leur indétermination à cet égard, les obligations sont assez flexibles et s'adaptent automatiquement aux circonstances, telles qu'elles existent réellement au moment de l'exécution. Le degré de ce qu'on peut demander raisonnablement au débiteur sans exagérer est déjà pris en considération lors de la concrétisation nécessaire de l'obligation.

Je veux bien avouer que ma distinction entre la définition de l'obligation par un résultat ou par un comportement (un effort) a été inspirée par la célèbre distinction forgée par la doctrine française entre les obligations de résultat et les obligations de moyens¹⁵, qui n'existe pas en droit allemand. Mais j'évite ces termes parce que, à mon avis, ils contiennent une simplification dangereuse. La terminologie française, qui apparemment a été reprise par le

¹³ En lien avec les obligations à prestation, le *BGB* connaît le concept de la force majeure (*höhere Gewalt*) seulement à un endroit caché: Selon l'art. 701 al. 3, l'obligation de l'hôtelier d'indemniser son hôte n'existe pas (entre autres) lorsque la perte, la destruction ou la dégradation des choses que l'hôte a apportées est «due à la nature de la chose ou à une force majeure». Cf. aussi, dans le contexte tout différent des règles générales sur la prescription, l'art. 206 du *BGB* qui prévoit la suspension de la prescription quand le créancier est empêché de poursuivre judiciairement ses droits du fait de «force majeure». Le terme est interprété comme l'absence de faute (J. Ellenberger, dans: Palandt, *op. cit.*, § 206, note 4).

¹⁴ Cf. J. Ekkenga et TH. Kuntz, dans: Soergel, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB)*, tome 3/2: *Schuldrecht* 1/2, 13^{ème} éd., Stuttgart 2014, § 275, note 8. Les auteurs associent également l'impossibilité à la volonté hypothétique des parties.

¹⁵ Cf. notamment R. Demogue, *Traité des obligations en général*, tome V: *Sources des obligations*, Paris 1925, no. 1237; cf. aussi H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations: Obligations contractuelles et extra-contractuelles; «obligations déterminées» et «obligation générale de prudence et de diligence»*, RTDCiv. 1936, p. 1, p. 25, no. 28: «L'idée était en puissance déjà dans le droit romain, et un grand nombre d'auteurs, tant dans notre ancien droit que depuis la rédaction du Code civil [français], en ont eu au moins l'intuition».

code civil roumain (cf. la définition de l'art. 1481 du code), me semble ignorer le fait que les soi-disant obligations de moyens, elles aussi, ont des éléments déterminés qu'on pourrait considérer comme étant des résultats, par exemple l'obligation de l'employé de se rendre quotidiennement à son lieu de travail ou l'obligation du médecin d'ausculter son patient. Dans cette mesure, mais seulement dans cette mesure, une «impossibilité» est tout à fait imaginable en cas d'obligations de moyens, par exemple si l'employé tombe malade ou si le patient ne se présente pas au rendez-vous. D'autre part, les soi-disant obligations de résultat comme par exemple l'obligation du vendeur de donner contiennent également, grâce au concept de l'impossibilité (ou de force majeure, de *hardship*), des éléments «doux» qui excluent le reproche d'inexécution malgré l'absence du résultat.

La «ligne de démarcation» juridique n'est donc pas entre les obligations d'un type ou d'un autre – obligations de résultat, obligations de moyens –¹⁶, car chaque obligation porte en soi les caractéristiques des deux types. La question de savoir si le principe de l'impossibilité s'applique ou non à une obligation (à prestation) particulière dépend plutôt de si le reproche d'inexécution, dans le cas d'espèce, se rapporte à un élément du contenu de cette obligation qui est du type «résultat» ou bien du type «action».

Regardons maintenant de plus près le rôle que la faute joue dans la concrétisation du contenu du contrat.

III. La faute

1. Le principe

L'article 280 du *BGB*, une des règles phare du droit allemand des obligations, qui est intitulée «Dommages-intérêts pour violation de l'obligation» (*Schadenersatz wegen Pflichtverletzung*), se lit ainsi:

Lorsque le débiteur viole une obligation découlant du rapport d'obligation, le créancier peut réclamer la réparation du préjudice qui en résulte. La règle ne joue pas si le débiteur n'a pas à répondre de cette violation.

La «responsabilité» («[...] répondre de cette violation») du débiteur dans le sens de cet article, appelée *Vertretenmüssen* en allemand, est un terme générique qui regroupe la faute personnelle (les art. 276 et 277 du *BGB*) et la responsabilité du fait fautif d'autrui (art. 278 du *BGB*). Ainsi, la loi prévoit, à part l'inexécution, une deuxième condition à laquelle une action en responsabilité contractuelle est soumise: *la faute*, soit personnelle du débiteur, soit celle d'un tiers dont le débiteur est responsable des actes.

Cela fait de l'article 280 du *BGB* l'incarnation contractuelle du «principe de la faute» (*Verschuldensprinzip*, aussi traduit par «principe de la culpabilité»¹⁷) qui veut qu'en règle générale, le recours en dommages-intérêts – en droit délictuel comme en droit des contrats – nécessite la faute, à part la violation d'une obligation légale ou contractuelle¹⁸.

¹⁶ Il n'est pas surprenant que des catégories intermédiaires se soient formées en droit français. PH. Rémy, *op. cit.*, p. 323, 343, no. 27, parlant des «raffinements contemporains». Cf. aussi le projet de loi de réforme du droit de la responsabilité civile en France. Selon le art. 1250 du Code civil proposé en mars 2017 par la «Direction des affaires civiles et du sceau», «[t]oute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre». Pour certains, cette disposition pourrait faire disparaître la distinction entre obligations de moyens et de résultat.

¹⁷ PH. Rémy, *op. cit.*, p. 323, 344.

¹⁸ Cf. W.-TH. Schneider, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, Tübingen 2007, p. 12 à 23 (chapitre «Vertragsrechtliches und deliktsrechtliches Verschulden»).

Par «faute» (*Verschulden*), le code civil allemand comprend ou le dol ou la négligence. Ainsi, l'alinéa 1er de l'article 276 du *BGB*, intitulé «responsabilité du débiteur» (*Verantwortlichkeit des Schuldners*),¹⁹ dit:

Le débiteur est tenu de répondre de sa faute intentionnelle et de sa négligence, si une responsabilité plus sévère ou plus légère n'est pas prescrite [...]

Et voici la définition de la négligence contenue dans l'alinéa 2 de l'article 276 du code allemand:

Agit avec négligence celui qui n'applique pas la diligence requise par la pratique des affaires.

Contrairement au droit pénal, qui est façonné par son approche individuelle, le *BGB* poursuit une compréhension objective et abstraite de la diligence qui est adaptée aux besoins de la pratiques des affaires²⁰.

2. Commentaire

Voici mon hypothèse par rapport à la *faute*:

Dans la mesure, où l'obligation du débiteur est définie par un *comportement* (un effort, une activité) qui a besoin d'être concrétisé, l'intérêt du critère de la faute en tant que condition de l'obligation secondaire (ci-dessus I.1.) en dommages-intérêts qui s'ajouterait à la condition de l'inexécution de l'obligation primaire est bien limité. Ou, pour le tourner autrement: Dire que le débiteur ait violé son obligation et dire qu'il ait agi fautivement reviennent alors au même. Il est peu probable de trouver une décision de justice en Allemagne où l'examen de la faute a une fonction indépendante dès lors que le tribunal a établi que le débiteur a manqué à son obligation de faire un effort.

Prenant l'exemple d'un plombier appelé en urgence qui promet à son client de venir dès que possible. Le juriste qui arrive à la conclusion que ce plombier a manqué à son devoir de diligence parce qu'il est venu seulement cinq heures plus tard, quand la salle de bain du client était déjà inondée, pourra difficilement dire par la suite que le retard n'était pas fautif. Les critères d'évaluation de l'inexécution et de la faute ne se laissent pas distinguer. Ou bien l'exemple d'un médecin qui a fait un faux diagnostic. Le juriste qui dit que le médecin a commis une faute du fait qu'il n'a pas employé l'instrument de diagnostic le plus moderne du marché définit par là en même temps l'obligation primaire: par conséquent, il devrait refuser au médecin aussi le paiement de sa note d'honoraires.

Je ne vois qu'une seule exception à cette observation: quand la responsabilité du débiteur est limitée, soit à cause de son minorité ou soit parce qu'il se trouve en état d'inconscience ou dans un état de trouble mental malade, excluant le libre exercice de la volonté (art. 276 al. 1er, deuxième phrase en lien avec les art. 827 ou 828 du *BGB*). Dans ce cas, la deuxième fonction de la faute entre en jeu parallèlement à la concrétisation des obligations contractuelles: La faute est le lieu où l'absence d'imputabilité personnelle peut être prise en

¹⁹ Le terme de *Verantwortlichkeit* est, dans le contexte de l'art. 276 du *BGB*, synonyme de «faute»; il est plus étroit que le *Vertretenmüssen* de l'art. 280 du *BGB* (bien qu'ici, j'ai traduit les deux termes avec «responsabilité» par manque d'une meilleure idée). Ceci résulte de l'art. 278 du *BGB* qui traite la «responsabilité du débiteur du fait d'autrui» qu'il oppose à sa «faute personnelle» (traitée dans les art. 276 et 277 du *BGB*).

²⁰ P. ex. C. Grüneberg, dans: Palandt, *op. cit.*, § 276, note 15.

compte. Toutefois, vu la responsabilité de l'incapable pour la faute de ses représentants légaux (art. 278 du *BGB*), on peut bien se demander dans quelle mesure cet aspect pourrait devenir pertinent dans la réalité du droit des contrats.

Dans la mesure par contre, où l'obligation du débiteur est définie par un *résultat*, la faute fonctionne comme un filtre ou comme une protection du débiteur devant une responsabilité (financière) absolue pour toute sorte d'inexécution ce qui reviendrait à une quasi-garantie. À cet égard, la faute a un effet perceptible, mais celui-ci joue au niveau de l'ampleur des obligations contractuelles, c'est-à-dire du contenu du contrat. Elle n'est donc pas quelque chose qu'on pourrait vraiment distinguer de l'inexécution contractuelle – à l'exception encore du critère de la capacité personnelle du débiteur de savoir s'il commet ou non un écart de conduite.

Illustrons cela par l'exemple d'un artisan qui arrive seulement une heure après l'heure convenue au chantier à cause de la circulation ce qui entraîne un dommage chez le client: Le juriste qui constate ici la faute de l'artisan dit en même temps que ce dernier n'a pas fait tout ce qu'il devait pour éviter le retard. Strictement parlant et malgré la terminologie quelque peu trompeuse de l'art. 280 al. 1er du *BGB*, qui distingue la «violation» de l'obligation (première phrase) de la faute (deuxième phrase), le reproche d'inexécution n'est définitive que si le débiteur n'arrive pas à prouver qu'il n'était pas en faute.

C'est encore, comme pour la détermination des obligations primaires (ci-dessus II.2.), au niveau de la charge de preuve que la concrétisation de l'obligation contractuelle par l'indication d'un résultat déploie sa signification²¹. Le fait que le résultat promis n'a pas été atteint après de l'échéance, donne lieu à la présomption de faute, c'est-à-dire la présomption d'inexécution définitive. C'est au débiteur qui se défend contre une demande en dommages-intérêts de prouver qu'en vérité, il n'a pas rompu son devoir de tout faire pour réaliser le résultat. Le renversement de la charge de la preuve est inhérent à construction de l'art. 280 al. 1er lui-même: la «violation» de l'obligation (première phrase) est la règle, l'absence de faute (deuxième phrase) l'exception.

La difficulté de comprendre la faute contractuelle comme autre chose qu'une simple manifestation d'inexécution rappelle la difficulté correspondante en droit allemand de la responsabilité délictuelle. Or, la dualité de l'illicéité et de la faute en droit délictuel (cf. notamment l'art. 823 al. 1er et 2 du *BGB*) permet au moins de distinguer selon que le comportement nocif donne seulement droit à une action préventive en cessation, pour laquelle l'illicéité (imminente) est une condition suffisante, ou en plus à une action répressive en dommages-intérêts qui nécessite la faute. En droit des contrats ou plus précisément en matière d'obligations à prestation, la situation est différente: normalement, il n'y a pas de lieu pour une action en cessation en vue de l'inexécution imminente d'une obligation à prestation.

IV. Synthèse

On pourrait donc conclure le rôle de l'impossibilité et de la faute en droit allemand des contrats ainsi:

²¹ Cf. K. Brieskorn, *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle*, Tübingen 2010, p. 140: Comme le rapporte l'auteure, aujourd'hui, la majorité des auteurs français et la jurisprudence voient la fonction principale de la distinction entre les obligations de résultats et les obligations de moyens dans la répartition de la charge de la preuve concernant la faute du débiteur.

Dans la mesure où l'obligation à prestation est définie par un résultat, ce que le concept de l'impossibilité effectue au niveau de l'obligation (primaire) à prestation en nature, le concept de la faute le fait au niveau de l'obligation (secondaire) en dommages-intérêts: la concrétisation du contenu du contrat.

Dans la mesure par contre où l'obligation est définie par la seule évocation d'un comportement imprécis (c'est-à-dire d'un effort à accomplir) les deux concepts n'ont pas de signification propre réellement délimitable, ni pour la détermination de l'obligation à prestation et de l'inexécution, ni pour l'établissement de la responsabilité.

Il convient d'ajouter, pour relier les deux concepts l'un à l'autre, qu'en cas d'impossibilité la faute qu'on reprocherait, le cas échéant, au débiteur se réfère toujours au fait que celui-ci aurait provoqué l'impossibilité (l'impossibilité ultérieure) ou qu'il en aurait eu conscience ou du l'avoir lors de la conclusion du contrat (l'impossibilité initiale). Ainsi, la faute peut agir comme un catalyseur pour la création des obligations contractuelles accessoires «dépendantes» (ci-dessous I.1.), notamment l'obligation de ne pas se rendre impossible la prestation. Cette idée permet d'éviter le paradoxe selon lequel l'inexécution d'une obligation primaire, pourtant inexistante à cause de l'impossibilité, se trouve sanctionnée par une obligation secondaire en dommages-intérêts.

Enfin et surtout on est tenté d'importer en droit allemand la célèbre formule de PHILIPPE RÉMY et conclure ainsi que la «faute» du droit des contrats y est également un «faux concept» dans mesure où elle ne se laisse pas distinguer de l'inexécution. Et plus encore: l'argumentation de RÉMY, ne serait-elle pas transposable au concept de l'impossibilité aussi?



COLLÈGE JURIDIQUE
franco-roumain d'études européennes



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

INEXÉCUTION ET JUSTIFICATIONS

le pouvoir actuel d'expression du droit continental

**Faculté de Droit, Université de Bucarest,
Salle Constantin Stoicescu
1-2 mars 2018**

Sous la coordination de

**Andra-Roxana Trandafir
Mircea Dan Bob**

INEXÉCUTION ET JUSTIFICATIONS
le pouvoir actuel d'expression du droit continental

**Faculté de Droit, Université de Bucarest,
Salle Constantin Stoicescu
1-2 mars 2018**

Sous la coordination de

**Andra-Roxana Trandafir
Mircea Dan Bob**

Editat de **Universul Juridic SRL**.

Editura **Universul Juridic** este acreditată CNATDCU (lista A2) și este considerată editură cu prestigiu recunoscut.

Copyright © 2018, **Universul Juridic SRL**.

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin **Universul Juridic SRL**.

Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată fără acordul scris al **Universul Juridic SRL**.

- ! **Niciun exemplar din prezentul tiraj nu va fi comercializat fără ștampila și semnătura Editurii sau, după caz, a Autorului/Autorilor, aplicate pe interiorul ultimei coperte.**

Respect pentru autorii noștri, respect pentru profesia aleasă!

Prezenta lucrare, în tot sau în parte, este purtătoare de drepturi de autor, aflate sub protecția Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe. Întrucât, în contemporaneitate, aceste drepturi sunt ignorate și încălcate într-o măsură alarmantă, în pofida sistemului valorilor și convențiilor sociale nescrise, a devenit necesară apărarea lor prin forța și sub sancțiunea legii.

UNIVERSUL JURIDIC SRL, titular al dreptului de autor asupra prezentei lucrări, precizează pentru cititorii săi:

- 🔨 conform art. 140 din Legea nr. 8/1996, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la o lună la un an sau cu amendă reproducerea, fără autorizarea sau consimțământul titularului drepturilor recunoscute de lege, a operelor purtătoare de drepturi de autor sau a produselor purtătoare de drepturi conexe;
- 🔨 conform art. 14 din Legea nr. 8/1996, prin reproducere se înțelege realizarea, integrală sau parțială, a uneia ori a mai multor copii ale unei opere, direct sau indirect, temporar ori permanent, prin orice mijloc și sub orice formă, inclusiv realizarea oricărei înregistrări sonore sau audiovizuale a unei opere, precum și stocarea permanentă ori temporară a acestora cu mijloace electronice.

Editura își rezervă dreptul de a acționa, prin mijloace legale și prin implicarea autorităților competente, în vederea protejării drepturilor patrimoniale de autor al căror deținător este în baza contractelor de editare.

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României
Inexécution et justifications : le pouvoir actuel d'expression du droit continental : Faculté de Droit, Université de Bucarest, Salle Constantin Stoicescu 1-2 mars 2018 / coord.: Andra-Roxana Trandafir, Mircea Dan Bob. - București : Universul Juridic, 2019
ISBN 978-606-39-0535-3

I. Trandafir, Andra-Roxana (coord.)

II. Bob, Mircea Dan (coord.)

34



Redacție:
tel.: 0732.320.666
e-mail: redactie@universuljuridic.ro

Distribuție:
tel.: 021.314.93.15
fax: 021.314.93.16
e-mail: distributie@universuljuridic.ro
editurauniversuljuridic.ro

[Editura Universul Juridic](https://www.facebook.com/UniversulJuridic)



Portal:
tel.: 0725.683.560
e-mail: portal@universuljuridic.ro
universuljuridic.ro

[Universul Juridic](https://www.facebook.com/UniversulJuridic)



Librăria UJmag:
tel.: 0733.673.555; 021.312.22.21
e-mail: comenzi@ujmag.ro
ujmag.ro

[UJmagro](https://www.facebook.com/UJmagro)

SOMMAIRE

COMMENT LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS NE RÉSISTE PAS À LA PRATIQUE DES AGENCES DE RECOUVREMENT ET DES AGENCES D'ÉVALUATION DU CRÉDIT Vincent Caron.....	13
REMÈDES CONTRE UNE INEXÉCUTION INEXISTANTE OU DU RISQUE D'IGNORER, AU NOM DE L'OPPOSABILITÉ, LES LIMITATIONS IMPOSÉES PAR L'EFFET RELATIF DU CONTRAT – ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ Mihai David.....	18
INEXÉCUTION ET JUSTIFICATION: QUELQUES OBSERVATIONS AU SUJET DU RÔLE DE L'IMPOSSIBILITÉ ET DE LA FAUTE EN DROIT ALLEMAND DES CONTRATS Günter Reiner	59
L'INEXÉCUTION DU CONTRAT, PERSPECTIVES EUROPÉENNES COMPAREES Rémy Cabrillac.....	69
LA BONNE FOI CONTRACTUELLE: UNE VALEUR SÛRE QUI ÉVOLUE DANS LE TEMPS Diana Dankers-Hagenaars	73
L'INEXÉCUTION DE LA PROMESSE SYNALLAGMATIQUE DE VENTE – LA FORME DE L'ACTE DOIT INFLUENCER LES SOLUTIONS? Codrin Macovei.....	82
QUAND L'INEXÉCUTION DU CONTRAT DEVIENT UNE „AFFAIRE” PÉNALE. LE CAS DE L'ABUS DE CONFIANCE Valerian Cioclei.....	91
UNE INEXÉCUTION CONNUE À L'AVANCE: DISCUSSIONS SUR LA FILOUTERIE ET L'ESCROQUERIE DANS LES CONTRATS Andra-Roxana Trandafir	95
LES INEXÉCUTIONS EN DROIT DE LA PEINE Audrey Darsonville	100
LA COMPENSATION – JUSTIFICATION DE NON-EXÉCUTION Adina Buciuman.....	107
DÉCLARATION DE COMPENSATION AU COURS DE PROCÈS ET DE POURSUITE POUR DETTE EN DROIT TURC Nur Bolayir.....	125

L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION DU CONTRAT ET LE DROIT DE RÉTENTION	
Flavius Antoniu Baias, Valentin Cîlțea	137
JUSTIFICATION DE L'INEXÉCUTION A L'AUNE DE LA DISTINCTION ENTRE LES OBLIGATIONS DE MOYENS ET LES OBLIGATIONS DE RÉSULTAT	
Özgün Çelebi	181
LES CONTRATS ÉTERNELS	
Daniel Gardner	199
L'IMPRÉVISION DANS LE DROIT DES AFFAIRES: UNE VICTOIRE CONTINENTALE	
Mauro Bussani, Marta Infantino.....	214
LE CAS FORTUIT EN DROIT BULGARE	
Angel Shopov	230
PROPOS SUR LES CLAUSES PÉNALES	
Christine Biquet-Mathieu, Pascale Lecocq, Andrée Puttemans	238