

**THEORIE DES RISQUES EN DROIT FRANÇAIS:  
OBSERVATIONS SUR L'APPLICATION DE L'ADAGE RES  
PERIT DEBITORI\***

*Fransız Hukukunda Hasar Teorisi: Res Perit Debitori Kuralının  
Uygulanmasına İlişkin Gözlemler*

*Theory of Risks under French Law: Observations on the Application  
of the Res Perit Debitori Rule*

**Özgün ÇELEBİ\***

**ÖZ**

Fransız sözleşme hukukunda hasar teorisi kavramı (« *théorie des risques* ») tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi içinde, taraflara atfedilemeyen bir ifa engeli sonucu karakteristik edim borcunun sona ermesi sonrasında alacaklının borcunun akıbetine ilişkin sorunları ifade eder. Fransız hukuku bu konuda borçlar arasındaki karşılıklılık ilişkisine uygun olarak, *res perit debitori* kuralını benimsemiştir: buna göre karşı edim hasarının borçlunun üzerinde olduğu, başka bir deyişle alacaklının da kendi borcundan kurtulacağı kabul edilmektedir. Ancak *res perit debitori* kuralının, var oluş amacına, başka bir deyişle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere hâkim olan denkleştirici adalet ilkesine uygun biçimde yorumlanması, borçlunun borcunun ifa engeli nedeniyle sona ermesine rağmen bazen alacaklının borcunun belirli ölçüde ayakta tutulmasını gerektirebilir. Fransız hukukunda, özellikle eser sözleşmesi ve taşıma sözleşmelerine ilişkin bazı yasal hükümler ve yargı kararları, bu fikri benimsemekte ve borçlunun borcu kısmen dahi ifa edemediği hallerde dahi *res perit debitori* kuralını alacaklının borçlunun ifaya hazırlık hareketlerinden fiilen menfaat elde etmiş olup olmamasına göre farklı

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 08.08.2019, **Makalenin Kabul Tarihi:** 30.06.2020

\* Bu makale, « La répartition des risques dans le contrat » başlıklı doktora tezinden güncellenerek türetilmiştir (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne).

\* Dr. Öğr. Üyesi, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
E-posta: ozgcelebi@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-06010-6992

biçimde uygulamaktadırlar. Dağınık yasal hüküm ve kararlardan çıkan bu istikrarlı çizgi, bizi *res perit debitori* kuralına ilişkin, özel hüküm olmayan hallerde de uygulanabilecek bir ilkeye götürmektedir: hasarın borçlunun üzerinde olduğu durumlarda dahi alacaklının borcunun sona ermesi ancak kendisine hiçbir menfaat sağlamadığı durumlarda mümkün olmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Sinallagmatik sözleşme, Hasarın geçmesi, *Res perit debitori*, Eser sözleşmesi, Taşıma sözleşmeleri

### ABSTRACT

Under French law, theory of risks (“*théorie des risques*”) relates to the question whether, in a synallagmatic contract, the creditor must perform his obligation in case where the debtor of the characteristic obligation is discharged due to an excused impossibility of performance. In this field, in compliance with the reciprocity of the obligations, *res perit debitori* rule applies: the debtor must carry the risk and thus the creditor must also be discharged. However, interpretation of *res perit debitori* rule in accordance with its *ratio legis*, namely with the idea of commutative justice underlying synallagmatic contracts may lead, in some cases, to the refusal of the discharge of creditor despite the discharge of the debtor. Under French law, some regulations and court decisions, relating mainly to work contracts and transport contracts embrace this idea and apply the *res perit debitori* rule differently, depending on whether the debtor’s acts of preparation for performance could transfer an actual benefit to the creditor, even though such acts cannot be qualified as performance in the legal meaning of the term. This consistent line which arises from sporadic legal texts and court decisions leads us to a general principle regarding the *res perit debitori* rule, which can be applied also in cases where specific regulation does not exist: even in cases where the risk is on the debtor, a total discharge of creditor of the obligation can only be possible if he/she does not take any benefit from the debtor’s efforts.

**Key Words:** Synallagmatic contract, Transfer of risks, *Res perit debitori*, Work contract, Transport contracts

### RESUME

En droit français, la théorie des risques se réfère à la question de savoir si, dans le cadre d’un contrat synallagmatique, le créancier de l’obligation caractéristique du contrat qui s’est éteinte pour cause d’un empêchement fortuit demeure néanmoins tenu d’exécuter sa propre obligation. Conformément au principe de réciprocité entre les obligations, le droit

français a adopté, en la matière, la règle *res perit debitori* : le risque est sur le débiteur, et le créancier de l'obligation inexécutée doit aussi être libéré de sa propre obligation. Néanmoins, l'interprétation de la règle *res perit debitori* conformément à sa *ratio legis*, en d'autres termes, au principe de la justice commutative devant guider les contrats synallagmatiques peut parfois mener au maintien de l'obligation du créancier, en dépit de la disparition de l'obligation du débiteur. En droit français, certains textes et décisions se rapportant essentiellement sur le contrat d'entreprise et les contrats de transport adoptent cette idée et font application de la règle *res perit debitori* de manière nuancée, suivant que le créancier a pu ou non obtenir un bénéfice des actes de préparation du débiteur, alors même que ces actes ne puissent pas être qualifiés d'« exécution » au sens juridique du terme. Cette ligne consistante que l'on voit dans quelques textes et décisions éparses nous ramène vers un principe sur la règle *res perit debitori*, qui peut être appliqué aux cas pour lesquels il n'existe pas de disposition spéciale : dans les cas où le risque de la contreprestation est sur le débiteur, la libération du créancier nécessite de vérifier si les efforts du débiteur ne lui ont pas fourni de bénéfice.

### MOTS CLES

Contrat synallagmatique, Théorie des risques, *Res perit debitori*, Contrat d'entreprise, Contrats de transport

### INTRODUCTION

La réalisation de l'objectif poursuivi par le contrat repose sur la conformité des faits futurs aux prévisions des parties contractantes. Or la planification du processus contractuel est toujours caractérisée par un certain degré d'incertitude quant à la réalisation des faits planifiés<sup>1</sup>. L'existence d'un « risque » en matière contractuelle suppose donc toujours un degré d'incertitude entre la planification et la réalité des faits<sup>2</sup>. Cette « déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier, dont les parties étaient initialement convenues »<sup>3</sup>, est la condition de base pour qu'un événement, menaçant l'avenir de la relation contractuelle, soit qualifié de risque au sens juridique du terme.

---

<sup>1</sup> Pascal PICHONNAZ, *Impossibilité et exorbitance : étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, Editions universitaires, Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, Fribourg 1997, n° 44, p. 9.

<sup>2</sup> P. PICHONNAZ, n° 44, p. 9.

<sup>3</sup> Jean - Marc MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.

Pour autant, l'appréhension de la notion de risque par le droit des contrats ne repose pas uniquement de la probabilité d'une telle perturbation. L'on exige certaines caractéristiques quant à l'origine de l'évènement perturbateur, à moins de qualifier de « risque » tout empêchement à l'exécution et de mettre à néant l'utilité de la notion. Une déviation due aux circonstances échappant au contrôle des parties contractantes et une déviation due à un comportement négligent ou délibéré de l'une d'entre elles sont des hypothèses différentes. Il est, dès lors, légitime de leur assigner un traitement différent. Dans les cas où la déviation est due à la faute de l'une des parties, le système juridique réagit par le biais de l'institution de la responsabilité. Or l'indépendance de la déviation par rapport au contrôle des parties appelle une perspective différente, puisque le point de rattachement habituel de la responsabilité, à savoir la faute du contractant, fait défaut. Ainsi, la qualification d'un empêchement de « risque » par la théorie générale de contrat suppose le caractère fortuit de l'empêchement, au sens où aucune des parties contractantes ne puisse être tenue responsable à cause d'une faute quelconque commise lors de l'exécution du contrat<sup>4</sup>. Une fois que l'inadéquation entre planification et réalité ainsi que le caractère fortuit de cette situation sont constatés, tout le problème est de savoir laquelle des parties devra supporter la charge supplémentaire imposée par l'aggravation des circonstances, et jusqu'à quel point<sup>5</sup>. Se poser la question des risques dans le domaine contractuel revient ainsi à se demander qui devra supporter les conséquences de la survenance d'un évènement fortuit<sup>6</sup>.

La survenance d'un empêchement fortuit, d'un « risque » au cours de l'exécution d'un contrat peut revêtir des formes différentes et peut soulever des problèmes variés. Néanmoins, en droit français, le terme bien connu de « théorie des risques » se rapporte à une seule des questions qui peuvent être soulevées par la survenance d'un tel évènement : il s'agit de la question de

---

<sup>4</sup> La responsabilité contractuelle ne repose pas toujours sur la faute. Les parties contractantes ou le législateur peuvent mettre à l'écart la possibilité d'exonération du débiteur en cas d'inexécution causée par un évènement fortuit. Pourtant, dans ces hypothèses de garantie légale ou conventionnelle, le mécanisme de responsabilité est utilisé, de façon exceptionnelle, comme un instrument de l'imputation du risque, soit en raison de la volonté contractuelle, soit en raison de la protection que la loi souhaite accorder au créancier dans des cas bien précis. Cela ne remet pas en cause l'énoncé selon lequel le risque, dont il s'agit de la répartition entre les contractants, est en principe un obstacle fortuit.

<sup>5</sup> P. PICHONNAZ, n° 49, p. 10.

<sup>6</sup> Jean- Paul VULLIETY, *Le transfert des risques dans la vente internationale : comparaison entre le code suisse des obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1998, n° 1, p. 45. Pour une étude générale sur les différents usages de la notion de risque en droit privé, v. Nadège VOIDEY, *Le risque en droit civil*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

savoir si le créancier d'une obligation<sup>7</sup> qui ne peut plus exécutée pour des raisons non imputables au débiteur demeure néanmoins tenu d'exécuter sa propre obligation<sup>8</sup>. Puisqu'il s'agit de déterminer le sort de la contrepartie due en échange d'une prestation dont l'exécution ne peut plus être réclamée, il nous semble légitime de qualifier le problème comme se rapportant au risque de la « contreprestation », ou de la « rémunération ». La question vient à l'ordre du jour à la réunion de deux conditions. En premier lieu, il faut que les obligations respectives des parties se trouvent dans un rapport de réciprocité, ce qui caractérise les contrats dits « synallagmatiques »<sup>9</sup> ; le problème du risque de la contreprestation ne naît que dans le cadre de ce type de contrats<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Lorsque l'engagement est réciproque, chacune des parties contractantes est à la fois débiteur et créancier. Néanmoins, il est habituel d'appeler « débiteur », le débiteur de l'obligation caractéristique qui est directement frappée par l'événement fortuit, et « créancier », le créancier de cette obligation, qui est le plus souvent débiteur d'une somme d'argent. Pour faciliter la lecture, nous adopterons cette même terminologie.

<sup>8</sup> Philippe MALAURIE/ Laurent AYNES/ Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, « Droit civil », Issy-les-Moulineaux, 2018, n° 899, p. 518-519 ; Dimitri HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 4<sup>e</sup> éd., Bruylant, Collection Paradigme, Belgique, 2018, n° 1024, p. 648 ; Alain BENABENT, *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd. LGDJ, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, 2018, n° 360, p. 295-296 ; François TERRE/ Philippe SIMLER/ Yves LEQUETTE/ François CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, Paris, 2019 n° 759, p. 819; Anne-Cécile MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 508, Paris, 2009, n° 21, p. 18 ; Olivier DESHAYES, « Théorie des risques », *Répertoire de droit civil Dalloz*, Juillet 2017, n° 7, p. 2 ; Boris STARCK/Henri ROLAND/ Laurent BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. 2, *Le contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1998, n° 2000, p. 696 et s. ; Eugene GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, J. GAUDEMET, Recueil Sirey, Paris, 1937, p. 370 ; Christian LARROUMET/ Sarah BROS, *Traité de droit civil, Tome III, Les obligations-Le contrat*, 8<sup>e</sup> éd., Economica, Paris, 2016, n° 733, p. 849; Paul-Henri ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 220, Paris, 1992, n° 227, p. 162, Henri MAZEAUD / Léon MAZEAUD/ Jean MAZEAUD/ François CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 1998, n° 1107, p. 1162.

<sup>9</sup> Un contrat est synallagmatique « quand il engendre pour les parties contractantes des obligations dépendantes les unes des autres génétivement et fonctionnellement » (René CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914, p. 3) ; pour la notion de contrat synallagmatique, v. aussi Alain SERIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Jacques Ghéstin*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 777 et s. ; Olivier DESHAYES /Thomas GENICON/ Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, Paris 2018, s. 68 ; C. LARROUMET/ S. BROS, n° 168, p. 144-145.

<sup>10</sup> A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 360, s. 295-296, F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE n° 759, p. 819; Jacques GHESTIN / Christophe JAMIN / Marc BILLIAU, *Traité de droit civil- Les obligations : les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, Paris, 2001, n° 640, p. 680 ; B. STARCK/H. ROLAND/ L. BOYER, n° 2000, p. 697; E.

En deuxième lieu, il faut que l'empêchement fortuit, affectant l'obligation caractéristique, ait eu pour l'effet d'éteindre cette obligation, en d'autres termes, de libérer le débiteur. La théorie des risques ne s'intéresse pas aux conditions de cette libération<sup>11</sup>. Les conditions d'extinction de l'obligation du débiteur sont, en principe, laissées à la théorie de la force majeure, qui, dans son acception classique, requiert un événement imprévisible dans sa survenance, irrésistible dans ses effets, au sens où il doit rendre insurmontable l'inexécution et extérieur au débiteur<sup>12</sup>. Les nouveaux textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 semblent consacrer, en la matière, les principes précédents<sup>13</sup>. En effet, ils prévoient qu'il y a force majeure en matière contractuelle « lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur » (l'article 1218 du Code civil)<sup>14</sup> et que « Si elle procède d'un cas de force majeure, l'impossibilité

---

GAUDEMET, p. 370, H. MAZEAUD / L. MAZEAUD/ J. MAZEAUD/ F. CHABAS, n° 1111, p. 1164.

<sup>11</sup> Selon la doctrine, la question des risques diffère de celle de force majeure « en ce sens qu'on s'occupe non de la libération du débiteur, mais de la libération du créancier pour ses obligations corrélatives », R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, effet des obligations*, t. VI, 1931, A. Rousseau, n° 113, cité par O. DESHAYES, n° 11, p. 3. Néanmoins, certains auteurs tentent d'intégrer les conditions de la libération du débiteur dans la problématique de la théorie des risques. Le sort de l'obligation du débiteur a ainsi pu être qualifié de « face cachée de la théorie des risques » (Paul-Yves GAUTIER, « La face cachée de la théorie des risques : mesure de la restauration de la chose perdue par le débiteur », obs. sous Cass. civ. 3ème, 28 octobre 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 602), ou d'appréhender la théorie des risques comme une théorie sur les effets de la force majeure sur le contrat (N. VOIDEY, p. 277-278).

<sup>12</sup> Il y a des différences doctrinales quant à la question de savoir si l'irrésistibilité s'apprécie par rapport à la survenance de l'évènement ou par rapport à ces effets, tout comme pour la question de déterminer le champ et l'effet de la condition classique de l'extériorité. Pour différents points de vue sur les conditions de la force majeure exonératoire, se basant sur les nouveaux textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016, v., par ex. P. MALAURIE/L. AYNES/P. STOFFEL-MUNCK n° 952, p. 546 et s. ; D. HOUTCIEFF, n° 1018, p. 645 et s. ; Alain SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Manuels-Droit Fondamental, Paris, 2018, n° 67, p. 158-159 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 349, p. 290 et s. ; F. TERRE/ P. SIMLER/Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 798, p. 796 et s. , François CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz Référence, Paris, 2018, n° 128.21, p. 140 et s. ; O. DESHAYES /T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 537 ; C. LARROUMET/S. BROS, n° 721, p. 824 et s.

<sup>13</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) , consulté le 7 août 2019)

<sup>14</sup> Notons que la question de savoir si la condition d'extériorité, déjà largement controversée, a été abandonnée ou non ne trouve pas de réponse unanime. Certains auteurs font valoir que

d'exécuter la prestation choisie libère le débiteur » (l'article 1307-2 du Code civil).<sup>15</sup> Ainsi, sur le plan contractuel, la force majeure, avec pour effet l'impossibilité d'exécution, constitue l'équivalent fonctionnel de la notion d'impossibilité de l'exécution non imputable au débiteur reconnue par les systèmes de tradition germanique<sup>16</sup> et se présente, en principe, comme la condition de base pour qu'une obligation soit éteinte sans être poursuivie par une obligation d'indemnisation<sup>17</sup>. Depuis peu, avec l'introduction de la théorie de l'imprévision dans le Code civil, la force majeure est concurrencée par les difficultés d'exécution, qui peuvent également avoir l'effet d'éteindre l'obligation du débiteur en cas d'échec des négociations des parties<sup>18</sup>. Finalement, les parties contractantes sont aussi libres de prévoir des causes contractuelles d'extinction de l'obligation<sup>19</sup>. Ainsi, c'est seulement une fois

---

ce critère peut éventuellement se manifester à travers la recherche d'un « événement échappant au contrôle du débiteur », critère posé par la nouvelle disposition ; dans ce sens, v. par ex. C. LARROUMET/ S. BROS, n° 723, p. 826.

<sup>15</sup> L'inexécution ne devient pas insurmontable si le débiteur peut fournir une solution de substitution : Cass. civ. 1ère, 8 décembre 1998, bull. I, n° 346, *JCP* 1999. II. 10106: Un transporteur maritime paralysé par la grève des marins n'est pas dans une situation d'impossibilité d'exécution, car il peut recourir au transport aérien. L'appréhension des possibilités de substitution dans le cadre de prestations de service n'est pas toujours à l'abri des critiques, pour un exemple, voir Cass. soc., 12 février 2003, bull. V, n° 50, *RDC* 2003, p. 59, 2ème espèce, note P. STOFFEL-MUNCK. Pour la notion d'impossibilité d'exécution en général, v. P.-H. ANTONMATTEI, n° 80, p. 59 et s.

<sup>16</sup> Selon l'art. 119, al. 1<sup>er</sup> du Code des obligations Suisse, « L'obligation s'éteint lorsque l'exécution en devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur » ; pour les conditions, v. Luc THEVENOZ, art. 119, in *Commentaire Romand, Code des Obligations* I, éd. Luc THEVENOZ/Franz WERRO, 2<sup>e</sup> éd. Bâle, 2012, p. 924 et s.

<sup>17</sup> P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK, n° 899, p. 518, A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 360, p. 295 ; dans le même sens, D. HOUTCIEFF, n° 1013, p. 644.

<sup>18</sup> Selon le nouvel article 1195, il faut « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. » Le contrat ne peut prendre fin qu'avec l'accord des parties ou par décision de justice. Pour une comparaison entre le droit ancien, rejetant la théorie de l'imprévision en matière civile et le droit nouveau, v. P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK, n° 758, p. 404 et s. ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 625, p. 705 et s. ; D. HOUTCIEFF, n° 834, p. 545 et s. ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 308, p. 257 et s. ; sur la question, v. aussi A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, n° 52, p. 122 et s. ; F. CHENEDE, n° 125.50, p. 114 et s. ; O. DESHAYES/ T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 436.

<sup>19</sup> Pour la typologie des clauses contractuelles, dont celles qui régissent l'attribution des risques, v. par exemple J. - M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481 ; Mustapha MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie) », *RDC*, 2006, p. 1051 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « Les répliques contractuelles », *RDC*, 1 janvier 2010, n° 1, p. 430 ; pour les clauses de force majeure en particulier, v. Julia HEINICH, « La clause de force majeure », in : *Lamy Droit*

que l'extinction de l'obligation du débiteur, pour l'une de ces causes, provenant des dispositions supplétives de la loi ou des clauses contractuelles est acquise qu'il est question de déterminer le sort de l'obligation du créancier.

Les différentes solutions pouvant être apportées à ce problème sont traditionnellement présentées sous forme d'adages juridiques. Ainsi, c'est à travers les expressions *res perit debitori*, *res perit creditori* et *res perit domino* que l'on présente la solution retenue pour un cas de figure donné. L'extinction de l'obligation du créancier est exprimée par l'adage *res perit debitori* : la perte est pour le débiteur. La formule laisse penser que l'adage a été conçu pour être appliqué aux contrats où l'obligation du débiteur porte sur une chose corporelle, une « *res* ». Il est cependant également appliqué, en tant que conséquence de réciprocité des obligations, aux contrats où il n'existe pas de « *res* » proprement dite<sup>20</sup>. Le sens de l'attribution de la « perte » au débiteur équivaut à la disparition pour ce dernier du droit à la contreprestation, autrement dit, à la libération corrélative du créancier. Le maintien de l'obligation du créancier, par contre, est exprimé par l'adage *res perit creditori*, qui signifie que la perte est pour le créancier, puisqu'il sera tenu d'exécuter sa propre obligation tandis qu'il ne reçoit pas de contrepartie. L'on voit donc que la charge du risque de la libération du débiteur –par l'impossibilité fortuite d'exécution- peut alternativement être attribuée au débiteur, ce qui suppose l'extinction des obligations réciproques, ou à son cocontractant, ce qui suppose le maintien de la seule contreprestation. Or dans la doctrine française, il est plus habituel de voir une opposition entre l'adage *res perit debitori* et l'adage *res perit domino*, qui attribue la perte au propriétaire de l'objet perdu<sup>21</sup>, et qui revêt une importance particulière dans le cadre des contrats translatifs de propriété<sup>22</sup>. En réalité, l'attribution du risque

---

*du Contrat*, sous la direction scientifique de B. FAGES, collection Lamy droit civil, dirigé par J. MESTRE, Wolters Kluwer, Paris 2017, n° 2935, p. 1370. Les règles relatives à la force majeure n'ont pas un caractère d'ordre public, le contrat peut le modifier, puisqu'il peut librement délimiter le contenu de l'obligation, P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK n° 953, p. 547.

<sup>20</sup> Pour la critique de la cette référence à la perte de la « chose » (*res*), v. P.-H. ANTONMATTEI, n° 229, p. 163 ; Patrick WERY, « Les adages « *Res perit debitori* », « *Res perit creditori* » et « *Res perit domino* » », in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui : collationes et oblationes : liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, sous la direction de A. RUELLE et M. BERLINGIN, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009, spéc. p. 293 et p. 309.

<sup>21</sup> V. par ex. P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK n° 900, p. 519 et s. ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 361, p. 296 et s. ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 349, p. 390 et s. ; C. LARROUMET/ S. BROS, n° 734, p. 850 et s. ; D. HOUTCIEFF, n° 1027, p. 650.

<sup>22</sup> Selon le nouvel article 1196, qui ne fait que reprendre la solution précédente, « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert

de la contreprestation au propriétaire revient, sur le plan contractuel, à l'attribuer soit au débiteur, soit au créancier de l'obligation caractéristique, et *res perit domino* ne se présente pas comme une troisième solution<sup>23</sup>.

Laquelle de ces branches de l'alternative seront donc appliquées ? Le contrat synallagmatique se veut respectueux de la relation de réciprocité entre les obligations respectives des parties, si bien que la disparition de l'une des obligations devrait entraîner la disparition de l'obligation corrélative<sup>24</sup>. L'application de la règle *res perit debitori* s'impose donc comme la solution de principe en droit français<sup>25</sup>. Lorsque le débiteur de l'obligation

---

s'opère lors de la conclusion du contrat. [...] Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. » Ainsi, le transfert de propriété *solo consensu* et la règle *res perit domino* sont maintenus. Pour l'explication sur la règle *res perit domino*, rattachant le risque de la contreprestation à la qualité de propriétaire, v. C. LARROUMET/ S. BROS, n° 736, p. 853 et s. ; O. DESHAYES / T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 476 ; P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK, n° 901, p. 519 ; A.-C. MARTIN, n° 34, p. 25 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations* n° 59, p. 145 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 362, p. 296 ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 348, p. 390 et s. ; François COLLART DUTILLEUL/ Philippe DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, Paris, 2019, n° 193, p. 196 et s. ; E. GAUDEMET, p. 372 et s. ; H. MAZEAUD / L. MAZEAUD/ J. MAZEAUD/ F. CHABAS, n° 1116, p. 1165 et s. Pour l'explication sur le transfert de propriété *solo consensu*, v. A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, n° 58, p. 142 et s. ; O. DESHAYES / T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 475 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL/ P. DELEBECQUE, n° 179, p. 187 et s.

<sup>23</sup> La place de l'adage *res perit domino* sur le plan contractuel engendre des controverses. Voir Henri ROLAND/Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1999, n° 401, p. 811 : « La maxime *res perit domino* déborde la question des risques dans les obligations synallagmatiques; elle est, en réalité, une règle de droit des biens [...]; et il est vraisemblable que ce soit là son domaine d'origine ». En fait, le fait que les risques pèsent sur le propriétaire est avant tout un énoncé réglant la question de responsabilité : le propriétaire d'un bien ne peut pas mettre en œuvre la responsabilité d'un tiers si la perte est fortuite.

<sup>24</sup> L'effet d'interdépendance entre les obligations réciproques se manifeste également en matière de résolution pour inexécution et d'exception d'inexécution (H. MAZEAUD / L. MAZEAUD/ J. MAZEAUD/ F. CHABAS, n° 1111, p. 1164). Parmi les fondements avancés dans la doctrine française pour expliquer le rapport d'interdépendance, on peut citer la notion de cause, la volonté présumée des parties ou la notion de bonne foi ; P.-H. ANTONMATTEI, n° 230, p. 163 et s. ; H. MAZEAUD / L. MAZEAUD/ J. MAZEAUD/ F. CHABAS, n° 1109, p. 1163.

<sup>25</sup> D. HOUTCIEFF, n° 1026, p. 649 ; N. VOIDEY, p. 278 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 361, p. 296 ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 759, p. 820 ; C. LARROUMET/ S. BROS, n° 734, p. 850 ; E. GAUDEMET, p. 371. Dans un rapport de la Cour de cassation, la force de cette règle a été expliquée dans les termes suivants : « De l'imputation des risques au débiteur ainsi énoncée dans des textes spéciaux, la jurisprudence a, de manière implicite, fait un principe [...]. Par suite, il est jugé que,

caractéristique du contrat est libéré, la règle *res perit debitori*, reposant sur le respect du caractère réciproque des obligations, commande que, puisque le créancier n'a pas obtenu l'exécution de la part de son débiteur, il doit être également libéré de sa propre obligation<sup>26</sup>.

Néanmoins, le respect de la justice commutative sur laquelle repose cette règle nécessite une interprétation souple, qui peut parfois nécessiter de se détacher de l'exécution ou non de son obligation par le débiteur. La libération totale du créancier devrait intervenir, non pas à mesure de l'extinction de l'obligation du débiteur au sens juridique, mais à mesure de l'absence de profit tiré par le créancier, au sens économique. Autrement dit, le créancier devrait être libéré de son obligation en l'absence de transfert d'utilité de la part du débiteur ; inversement, un transfert d'utilité, même partiel, de la part du débiteur devrait parallèlement conduire à obliger le créancier à compenser ce transfert<sup>27</sup>. Le concept de transfert d'utilité autour duquel la mise en œuvre de la règle *res perit debitori* doit être organisé ne se réfère pas à l'exécution de l'obligation du débiteur. Il repose sur l'idée selon laquelle tout intérêt que le créancier retire des actes d'exécution du débiteur justifie la compensation des efforts du débiteur, et qu'il constitue de ce fait une raison pour que le risque de la contreprestation ne soit pas attribué à ce dernier.

La caractérisation du transfert d'utilité au créancier ne pose pas de problèmes dans le cadre des obligations à exécution successive<sup>28</sup>. Ces contrats

---

chaque fois qu'aucun texte n'attribue les risques à un autre que le débiteur, la règle *res perit debitori* s'applique à tous les contrats qui ne sont pas translatifs de propriété. » (Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, Le risque, p. 136, [https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport\\_CourCassation\\_2011.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_CourCassation_2011.pdf), consulté le 7 août 2019). En effet, auparavant, cette règle n'était pas affirmée de façon générale dans le Code civil. Néanmoins, l'article 1218, al. 2, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 l'édicte désormais de façon générale, dans ce sens, v. C. LARROUMET/ S. BROS, n° 734, p. 850.

<sup>26</sup> Il faut noter que l'organisation de la charge du risque de la contreprestation autour des adages n'a pas manqué de susciter des critiques, au motif que cette organisation repose sur une conception individualiste du contrat, au mépris de « la place de la convention dans son environnement économique et social » (Christophe RADE, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA*, 7 juillet 1995, n° 81, p. 26, n° 10). Il a ainsi été proposé d'éviter la « disproportion entre les risques qui pèsent sur certains contractants et leur capacité à les assumer » (C. RADE, n° 26) par le recours à la notion de solidarité contractuelle, dont l'instrument juridique serait la notion d'exécution de bonne foi (C. RADE, n° 33).

<sup>27</sup> Serge FARNOCCHIA, *L'excuse contractuelle. Etude de l'inexécution fortuite du contrat*, thèse dactyl. Aix-en-Provence, 1994, n° 371, p. 406.

<sup>28</sup> Sur la notion, v. Georges BRIERE DE L'ISLE, « De la notion de contrat successif », *D.* 1957, p. 153 ; Pierre HEBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, PUAM, Aix-En-Provence, 1979, p. 1 et s., spéc.

se caractérisent par le fait que l'échange entre les prestations réciproques présente un caractère continu<sup>29</sup>. L'empêchement à l'exécution n'affecte pas le passé, et ne concerne que l'avenir, ainsi, c'est pour l'avenir qu'intervient l'effet extinctif de la règle *res perit debitori*. Puisque le débiteur ne peut plus continuer à entreprendre des actes d'exécution, il ne saurait y avoir un transfert d'utilité au créancier pour l'avenir. La libération du créancier est alors en corrélation avec l'absence de transfert d'utilité. La conformité de cette règle à la structure du contrat à exécution successive ne saurait créer de doutes, ce qui est confirmé par l'approbation doctrinale que connaît l'article 1722 du Code civil, qui prévoit la solution de *res perit debitori* pour le contrat de bail, prototype du contrat à exécution successive<sup>30</sup>. Une fois que l'impossibilité d'exécution est constatée, la libération corrélatrice du créancier telle qu'imposée par l'article 1722 ne prête guère à la critique<sup>31</sup>. Le caractère satisfaisant de la règle réside justement dans le fait que, en raison du caractère successif de l'exécution, tout transfert d'utilité trouve une compensation, et la libération du créancier intervient une fois que ce transfert devient impossible.

Par contre, le sort des efforts du débiteur lorsqu'il ne peut pas mener à terme l'exécution de son obligation devient épineux dans le cadre de l'exécution des obligations à exécution instantanée. Dans ce type d'obligations, l'exécution s'opère instantanément<sup>32</sup> au sens où le créancier n'atteint l'utilité attendu du contrat qu'en un trait de temps<sup>33</sup>. Tant que ce

---

n° 13 ; B. STARCK/H. ROLAND/ L. BOYER, n° 132, p. 45 ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 105, p. 123 et s. ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 24, p. 37 et s.; F. CHENEDE, n° 121.64, p. 27 ; O. DESHAYES /T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 93. Pour les exemples concrets des difficultés de qualification du contrat selon la durée d'exécution, voir Jean-Claude BRAULT, « Le notariat et les contrats à exécution successive », *Deffrénois*, 15 Janvier 1993, p. 3 ; pour la proposition d'abolir la notion même du contrat à exécution successive, voir Judith ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, n° 1, p. 47 et s.

<sup>29</sup> Jacques GHESTIN, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges offertes à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris 1985, p. 203, spéc. p. 206.

<sup>30</sup> Suivant l'article 1722 du Code civil, « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement. »

<sup>31</sup> V. par ex. Philippe MALAURIE / Laurent AYNES / Paul-Yves GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017, n° 673, p. 402 ; F. COLLART DUTILLEUL/ P. DELEBECQUE, n° 463, p. 413-415.

<sup>32</sup> F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 105, p. 124 ; pour une critique de la distinction traditionnelle, v. J. ROCHFELD, p. 47 et s.

<sup>33</sup> En effet, « « instantané » signifie que l'exécution se fait en une prestation unique, même si elle demande un certain temps » (A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 24, p. 37).

moment n'arrive pas, les efforts du débiteur destinés à l'exécution n'intéressent pas le créancier, et ne reçoivent pas la qualification d'exécution, même partielle. Lorsqu'une impossibilité fortuite d'exécution intervient, une telle conception d'exécution devrait déboucher sur le constat d'une inexécution totale et justifier la libération totale du créancier par application de la règle *res perit debitori*. Or, la non intervention du moment d'exécution ne signifie pas forcément que le créancier ne retire aucun profit de ce qui a pu être entrepris par le débiteur avant la survenance de l'empêchement. La compensation de ce transfert est dès lors imposée par le respect de la justice commutative. La libération du créancier en application de la règle *res perit debitori* doit être acceptée à la lumière de la nécessité de la compensation du transfert de l'utilité.

Le droit positif n'est pas insensible à l'idée de la rémunération du débiteur du fait de l'utilité que les actes d'exécution ont procuré au créancier alors même que l'obligation n'a pas pu être exécutée. L'on voit en effet des solutions éparses pour certains types de contrats. Ces solutions poursuivent pourtant une logique commune et cette unité d'esprit sur lesquelles elles reposent permet de dégager, à notre sens, un principe de base qui doit guider l'application de la règle *res perit debitori* même lorsqu'aucune solution spécifique n'a pas été prévue : ce dont le créancier a profité, il est tenu d'en payer le prix –contractuel-, peu importe s'il existe ou non l'exécution de l'obligation au sens strictement juridique. Or, la détermination du transfert d'utilité ne peut pas se faire de la même façon suivant les effets concrets de l'impossibilité fortuite sur la relation contractuelle. Le droit positif montre, en effet, que la situation du créancier devant les efforts du débiteur est envisagée de façon différente suivant que l'impossibilité revêt la forme de la perte de la chose sur laquelle portait la prestation ou non. L'application de la règle *res perit debitori* et de la justice commutative sur laquelle elle repose produit des conséquences différentes en cas de perte de l'objet de la prestation (I) et en dehors des cas de perte de l'objet de la prestation (II).

### **I. APPLICATION DE LA REGLE *RES PERIT DEBITORI* EN CAS DE PERTE DE L'OBJET DE LA PRESTATION**

La perte de la chose due fait obstacle à la rémunération du débiteur puisque, contrairement à certains d'autres cas de l'impossibilité d'exécution, elle empêche le créancier de profiter des actes destinés à exécution entrepris jusqu'alors. Les exemples tirés de la législation qui rejettent la compensation du débiteur empêché d'exécuter pour cause de perte fortuite de la chose

montrent que le critère du transfert d'utilité est aussi celui du droit positif<sup>34</sup>: Il s'agit des textes relatifs au contrat d'entreprise (1) et aux contrats ayant pour finalité le déplacement des marchandises (2).

### 1. Effet de la perte de la chose dans le contrat d'entreprise

Le contrat d'entreprise où l'obligation de l'entrepreneur porte sur une chose corporelle est régi dans le Code civil sous le nom de devis et marchés (art. 1787-1799)<sup>35</sup>. En ce cas, le travail de l'entrepreneur se concrétise en un acte final de livraison de la chose construite ou fabriquée, ou de la restitution de la chose réparée ou transformée. Si, du point de vue de l'entrepreneur, l'exécution de l'obligation s'étend dans le temps, il s'agit tout de même d'une obligation à exécution instantanée<sup>36</sup>. Car ce qui intéresse le maître de l'ouvrage, ce n'est pas le processus du travail, mais le résultat de ce travail, et que ce résultat n'est atteint que par l'acte de livraison ou de restitution qui s'effectue instantanément. Dans un tel contrat, la perte fortuite de l'ouvrage

<sup>34</sup> Les cas pour lesquels aucune solution légale n'a été prévue peut donner lieu à des opinions divergentes. Ainsi, pour le contrat de dépôt, certains auteurs ont affirmé qu'en cas de perte fortuite de l'objet déposé, le dépositaire devrait perdre « son droit à rémunération à partir de la perte ». (Alain BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12<sup>e</sup> éd, LGDJ, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, 2017, n° 769, p. 521-522). L'uniformité de la solution retenue par le législateur pour le contrat d'entreprise et pour les contrats de déplacement de marchandises, qui repose sur l'absence de transfert d'utilité, permet de trouver le régime qui devrait régir les autres contrats ayant la même économie, dont le contrat de dépôt.

<sup>35</sup> P. MALAURIE / L. AYNES / P.-Y. GAUTIER, n° 700, p. 441. Aujourd'hui, la doctrine désigne cette catégorie sous le nom de contrat d'entreprise « portant sur une chose corporelle », A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux*, n° 554, p. 388). Pour les distinctions à l'intérieur du contrat d'entreprise, v. Jérôme HUET / George DECOCQ / Cyril GRIMALDI / Hervé LECUYER, avec la collaboration de Juliette MOREL-MAROGGEL, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. GHESTIN, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, Paris, 2012, n° 32146, p. 1237 et s.

<sup>36</sup> O. DESHAYES / T. GENICON / Y.-M. LAITHIER, p. 93 ; Marielle PICQ, *La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive*, thèse, Grenoble II, 1994, p. 112 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, n° 24, p. 37, pour la « construction d'une maison ». *Contra*, François QUINTARD-MORENAS, « Contrat d'entreprise et la résolution rétroactive », *LPA*, 15 Mai 2000, n° 96, p. 4 et s. ; s'agissant plus particulièrement des marchés de travaux, Bernard BOUBLI, « Les modifications apportées au marché par le maître de l'ouvrage », *RDI*, 2002 p. 482 : « le marché de travaux est un contrat à exécution successive qui, quoique conclu une fois pour toutes, doit tenir compte d'un certain nombre d'aléas qui bouleversent parfois la convention d'origine ». Pour certains auteurs, la solution dépend de la nature du contrat d'entreprise ; « le contrat d'entreprise n'est pas homogène. Plus son exécution s'étale dans le temps et plus celle-ci se prête à la tentation d'en distinguer et autonomiser les séquences » (Françoise LABARTHE / Cyril NOBLOT, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso, Paris, 2008, n° 856, p. 489).

avant l'exécution de son obligation principale par l'entrepreneur soulève la question de savoir si l'entrepreneur aura droit à la rémunération pour la prestation qu'il a effectuée jusqu'à la perte de la chose, malgré l'impossibilité de livrer ou de restituer l'ouvrage. La question est régie par les articles 1788 et 1790 du Code civil; le premier intervient lorsque la matière est fournie par l'entrepreneur, le second lorsqu'elle est fournie par le maître de l'ouvrage.

Lorsque la matière est fournie par le maître de l'ouvrage, selon l'article 1790, si « la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière. » Cette solution repose sur le contenu de l'obligation de l'entrepreneur : fourniture d'un ouvrage complété en conformité avec le commande et devant être exécuté instantanément. Comme on ne saurait parler de l'exécution de son obligation par le débiteur jusqu'à la réception de l'ouvrage<sup>37</sup>, le créancier n'a pas de paiement à faire si la chose périt avant la réception. L'attribution du risque de la rémunération à l'entrepreneur est alors la conséquence de la réciprocité des obligations : puisque le débiteur n'a pas réussi à transmettre au créancier l'utilité attendu du contrat, il n'a pas droit à la contrepartie : *res perit debitori*<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> V. par ex. Cass. com., 23 mars 1982, pourvoi n° 80-12523, bull. IV, n° 119 ; « La cour d'appel [...] retient à bon droit que le contrat n'avait pas pris fin lors de la perte de la marchandise et décide justement, conformément aux dispositions de l'article 1790 du Code civil, que la perte devait être supportée par le propriétaire mais que le façonnier n'avait point de salaire à réclamer. »

<sup>38</sup> Cette solution qui se dégage très nettement de l'article 1790, et qui est aussi à notre sens, on le verra, la solution de l'article 1788, a fait l'objet de critiques du point de vue de la protection de l'entrepreneur, mais la doctrine la trouve justifiée par l'économie du contrat d'entreprise et la portée de l'engagement de l'entrepreneur, v. Marcel PLANIOL / Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. 11, Contrats civils, 2e partie*, 2<sup>e</sup> éd. par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUX, A. BESSON, LGDJ, 1956, n° 927, p. 165 : « Cette solution logique est assez rigoureuse pour l'ouvrier, en raison de sa condition sociale. Mais elle est la contre-partie de l'indépendance avec laquelle il exécute son travail ; l'indépendance qui est un des traits caractéristiques du contrat d'entreprise » ; dans le même sens, Charles BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XII, 2<sup>e</sup> éd., avec la collaboration de René RODIERE et André PERCEROU, publié par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Rousseau, Paris 1947, n° 199, p. 218, v. aussi, F. LABARTHE / C. NOBLOT n° 874, p. 500-501. Certains auteurs mettent l'accent sur le fait que l'engagement du maître de l'ouvrage n'est pas motivé pas la fourniture d'un travail, mais par le résultat de ce travail, v. aussi Florence BERTRAND, « Les risques dans le contrat d'entreprise », *RDI*, 1981, p. 189 : « La solution est rigoureuse, mais justifiée par l'interdépendance des obligations du contrat synallagmatique ».

Lorsque la matière est fournie par l'entrepreneur, l'article 1788 dispose que si « la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose »<sup>39</sup>. Si, à la lecture de la disposition, l'on comprend que la perte de la chose, objet du travail, affecte le droit à la rémunération, la disposition appelle deux précisions.

En premier lieu, en application de l'article 1788, le fondement de l'attribution du risque de la rémunération à l'entrepreneur ne fait pas unanimité. Puisque l'exécution du contrat nécessite ici, non seulement la fourniture du travail, mais aussi l'acquisition, par le maître de l'ouvrage, de la propriété de la matière fournie par l'entrepreneur, certains auteurs ont affirmé que la disposition attribue le risque de la rémunération non pas en fonction de la règle *res perit debitori*, mais en fonction de la règle *res perit domino*<sup>40</sup>. A notre sens, cette position est erronée, dans la mesure où le moment du transfert du risque tel qu'il est adopté par la disposition ne coïncide pas nécessairement avec le moment du transfert de propriété de l'ouvrage au maître. Ceci est particulièrement clair s'agissant des cas où l'entrepreneur construit, avec ses matières, sur le terrain appartenant au maître de l'ouvrage<sup>41</sup>. Le mode d'acquisition de la propriété des matières fournies par l'entrepreneur s'explique en l'état du droit positif, par le jeu de la théorie de l'accession, en application des articles 552 et suivants du Code civil<sup>42</sup>. La jurisprudence et la doctrine dominante admettent que la théorie de l'accession n'est pas exclue du seul fait que le constructeur occupe le terrain en vertu d'un titre, autrement dit, qu'il existe un lien de droit entre le constructeur et le maître du sol<sup>43</sup>. La théorie de

<sup>39</sup> Pour une application, v. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 janvier 1976, pourvoi n° 74-13105, bull. III, n° 34, : « la cour d'appel, qui constate qu'au jour de l'incendie la réception des travaux par le maître de x... n'avait pas eu lieu et que la plus grande partie de l'ouvrage avait été détruite par le sinistre dont la cause était demeurée inconnue, a pu estimer, sans se contredire, des lors que ce maître de x... n'avait pas été mis en demeure de procéder à la réception, que la perte en était pour l'entrepreneur, en application de l'article 1788 du code civil, et qu'en conséquence celui-ci ne pouvait prétendre au paiement du coût des travaux qu'il n'était pas en mesure de livrer. »

<sup>40</sup> C. BEUDANT, n° 199, p. 218 ; M. PLANIOL/G. RIPERT, n° 926, p. 164 ; parmi les auteurs contemporains, Alain SERIAUX, « Res perit domino », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur de Yves Serra*, Dalloz, Paris, 2006, p. 393 et s.

<sup>41</sup> Notons que dans l'hypothèse inverse, où l'entrepreneur fournit le terrain sur lequel le bâtiment sera construit, il n'y a pas de contrat d'entreprise; car ce cas de figure est défini comme une vente d'immeuble à construire dans l'article 1601-1 du Code civil.

<sup>42</sup> Art. 552/al. 1 du Code civil : « La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. »

<sup>43</sup> William DROSS, *Droit des biens*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, 2017, n° 408, p. 347-348.

l'accession s'applique ainsi au contrat d'entreprise, d'autant plus qu'il est aisé de qualifier le sol fourni par le maître comme le composant principal de l'ouvrage et les matières utilisées dans la construction comme les accessoires. En application de la théorie de l'accession, le maître devient le propriétaire des matériaux de construction, au fur et à mesure de leur incorporation au sol<sup>44</sup>. Ce mécanisme met à l'écart un quelconque transfert de propriété, que ce soit au moment de la conclusion du contrat ou au moment de l'achèvement de l'exécution<sup>45</sup>. La Cour de cassation, par un arrêt du 23 avril 1974, s'est également prononcé dans ce sens, dans une espèce où il s'agissait de déterminer si, en partant de l'article 1788, on pourrait estimer que la propriété de la matière incorporée au sol est acquise au moment de la réception de l'ouvrage, en application de l'adage *res perit domino*. La Cour de cassation a considéré, d'une part, que l'acquisition de propriété se fait par le jeu de la théorie de l'accession, et d'autre part, que l'article 1788 du Code civil n'avait pour objet que de déterminer à qui incombent les risques en cas de perte de la chose, et non de déterminer le moment d'acquisition de propriété<sup>46</sup>. Il s'ensuit que tout comme l'article 1790, l'article 1788 est une application de la règle *res perit debitori* : l'entrepreneur perd droit à la rémunération lorsque la chose périt avant la finalisation des actes d'exécution, peu importe, sur ce plan, à qui appartenait la matière utilisée au moment de la perte de l'ouvrage<sup>47</sup>.

En application de l'article 1788, une autre difficulté réside dans la détermination du moment précis du transfert du risque au maître de l'ouvrage. En fait, le texte de l'article 1788 est construite d'une façon ambiguë : « Si,

---

<sup>44</sup> J. HUET / G. DECOCQ / C. GRIMALDI / H. LECUYER/ J. MOREL-MAROGGEL, n° 32220, p. 1293-1294; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux* no 557 s. 389, F. COLLART DUTILLEUL/P. DELEBECQUE, n° 713, p. 675, n° 726, p. 689 ; BERTRAND, p. 179. Pour un résumé des critiques adressées à cette solution, v. F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 1154, p. 637. Il est néanmoins admis que la théorie de l'accession immobilière n'est pas d'ordre public et il n'est pas interdit à l'entrepreneur de garder la propriété des matériaux à titre de garantie jusqu'à la réception, v. F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 1154, p. 637.

<sup>45</sup> Pourtant, ceci n'est valable que pour les immeubles ; pour les meubles, on admet que le transfert de propriété s'opère au moment de la réception de l'ouvrage par le maître de l'ouvrage (F. COLLART DUTILLEUL/ P. DELEBECQUE, n° 726, p. 689)

<sup>46</sup> Cass. civ. 3ème, 23 avril 1974, bull. III, n° 163 ; D., 1975, p. 287, note J. MAZEAUD.

<sup>47</sup> Ainsi, bien que les matériaux fournis par l'entrepreneur ont pu devenir propriété du maître de l'ouvrage du fait de l'accession, les risques continuent à peser sur l'entrepreneur, en raison de la dissociation des risques de la propriété de l'ouvrage ; J. HUET / G. DECOCQ / C. GRIMALDI / H. LECUYER/ J. MOREL-MAROGGEL, n° 32230, p. 1303 ; P. MALAURIE / L. AYNES / P.-Y. GAUTIER, n° 781, p. 486. Cette autonomie doit jouer de la même façon dans le cas inverse où le transfert de propriété est retardé par rapport à la livraison ; la livraison doit alors décharger l'entrepreneur des risques alors qu'il demeure propriétaire des matériaux, A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux* n° 557, p. 389.

[...] la chose vient à périr [...] avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose ». Du fait que la « livraison » de la chose est présentée comme l'alternative du refus injustifié de la part du maître de la « recevoir », on peut déduire que le législateur a utilisé les deux mots, livraison et la réception, comme synonymes. Lequel d'entre eux mérite alors d'être retenu aux fins de la réalisation de l'objectif de la disposition ? La distinction entre les deux notions est opératoire. Dans la doctrine, il est accepté que la livraison consiste en un acte matériel, alors que la réception est un acte juridique, par lequel le maître de l'ouvrage approuve le travail fait<sup>48</sup>. C'est l'article 1790, qui traite des hypothèses où c'est le maître qui fournit la matière, qui nous éclaire à cet égard, en ne retenant que la notion de réception : « Si, [...] la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu et sans que le maître fût en demeure de le vérifier [...] ». La notion de livraison en est totalement exclue, et l'accent est mis sur la vérification de l'ouvrage par le maître de l'ouvrage, ce qui renvoie à la notion de réception. La cohérence terminologique de l'article 1790 est un indice suffisant afin de conclure que ce qui est visé par l'article 1788 est également la réception de l'ouvrage. C'est d'ailleurs l'interprétation que fait la doctrine française relativement à l'application des articles 1788 et 1790 : c'est au moment de la réception, acte juridique, que l'entrepreneur obtient le droit à la rémunération, le risques traités par ces articles passent au maître avec la réception de la chose, et non pas au moment de la livraison<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cass. civ. 3ème, 8 octobre 1974, bull. III, n° 337, *JCP* 1974, IV. 376 ; P. MALAURIE / L. AYNES / P.-Y. GAUTIER, n° 770-771, p. 482 ; F. COLLART DUTILLEUL / P. DELEBECQUE, n° 738, p. 701 et s. On reconnaît ainsi, que c'est au moment de la réception, et non de la livraison que sont éteints les droits découlant de la garantie pour les vices apparents lorsqu'elle est faite sans réserves. En revanche, la réception est sans conséquence sur les vices cachés : Cass. civ. 3ème, 22 janvier 1997, bull. III, n° 24, *Defrénois* 1997, p. 1079, obs. A. BENABENT ; P. MALAURIE / L. AYNES / P.-Y. GAUTIER, n° 771, p. 483.

<sup>49</sup> P. MALAURIE / L. AYNES / P.-Y. GAUTIER, n° 771, p. 482 ; F. BERTRAND, S. 183-184. Albert CASTON / Ghislaine MALANDIN, *La responsabilité des constructeurs*, 6<sup>e</sup> éd. Le Moniteur, Analyse Juridique, Paris, 2006, n° 455, p. 183. ; F. COLLART DUTILLEUL / P. DELEBECQUE, n° 738, p. 701, n° 742, p. 706. Voir J. HUET / G. DECOCQ / C. GRIMALDI / H. LECUYER / J. MOREL-MAROGGEL n° 32229, p. 1302 : « Le transfert des risques a lieu, en principe, au moment de la réception de l'ouvrage par celui qui l'a commandée. Peu importe la différence de terminologie entre l'art. 1788 qui parle du moment où la chose a pu « être livrée » et l'art. 1790 qui vise, quant à lui, celui ou l'ouvrage a « été reçu ». L'idée est qu'il faut, pour que la perte de la chose puisse être imputée au bénéficiaire de la prestation, qu'on soit sûr que celle-ci correspond à ce qui avait été convenu ou comme l'indique l'art. 1790 que la conformité en ait été vérifiée. ». Cette position est contestée par une doctrine minoritaire. Pour certains auteurs, le moment de la livraison, pour le transfert

On peut donc conclure qu'en vertu des articles 1788 et 1790 du Code civil, la perte fortuite de l'ouvrage avant la réception fait perdre à l'entrepreneur le droit à la contreprestation. La solution est entièrement conforme au principe de la réciprocité des obligations, dans la mesure où la perte de l'ouvrage fait obstacle à ce que le maître de l'ouvrage puisse tirer un quelconque bénéfice des actes d'exécution déployés par l'entrepreneur.

## **2. Effet de la perte de la chose dans les contrats ayant pour finalité le déplacement de marchandises**

Lorsqu'on parle de déplacement des marchandises, on songe en premier lieu aux contrats de transport proprement dits, par lequel le débiteur s'engage à effectuer le déplacement des marchandises par voie terrestre, maritime ou aérienne. Cependant il existe, dans le domaine maritime, une autre opération, qui n'est pas une variété de contrat de transport, mais qui présente des affinités avec celui-ci. Il s'agit du contrat de l'affrètement au voyage. La problématique du risque de la contreprestation en cas de perte des marchandises en route se pose en termes similaires dans ces deux catégories de contrats<sup>50</sup>. En effet, l'obligation d'effectuer le déplacement des marchandises dans le contrat de transport, et celle de déplacement du navire dans le contrat d'affrètement au voyage, s'exécutent instantanément. Il s'agit, de ce fait, de contrats créant des obligations à exécution instantanée pour le débiteur de l'obligation caractéristique. En termes de la théorie des risques, la question qui se pose est de savoir si le fréteur au voyage ou le transporteur pourra réclamer le prix du déplacement qui a eu lieu jusqu'à la survenance de la perte fortuite de la chose. La perte fortuite des marchandises empêchant définitivement l'exécution de l'obligation de déplacement, et privant le créancier du bénéfice du contrat, l'application du principe *res perit debitori* commande de faire disparaître le droit à la rémunération du débiteur, dans les contrats de transport (A), comme dans l'affrètement au voyage (B). Une compensation du débiteur en cas de perte de marchandise n'intervient qu'en application d'une institution spécifique au droit maritime, en cas d'avarie commune (C).

---

du risque, devrait être privilégié par rapport à celui de la réception car c'est avec la livraison que la maîtrise matérielle de la chose est transférée et pour le transfert des risques, c'est ce qui compte plutôt que l'agrégation intellectuelle de la chose, voir F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 1043, p. 593 et s.

<sup>50</sup> Dans ce sens, S. FARNOCCHIA, n° 381-382, p. 413-414.

### A. Perte de la chose dans les contrats de transport

Envisagé par le Code civil comme une variété de louage d'ouvrage (art. 1779 du Code civil), le contrat de transport est soumis aujourd'hui à des réglementations différentes suivant la modalité de transport choisi. Ce qui est commun à tous les contrats de transport, c'est que le transporteur s'engage à effectuer un déplacement des marchandises, à savoir, à en prendre livraison à un endroit précis pour les livrer au destinataire à un autre endroit<sup>51</sup>. C'est ce que prévoit le législateur, en disposant qu'il existe un contrat de transport lorsque le transporteur s'engage à « acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre » (art. L5422-1 du Code des transports). L'obligation de déplacement s'exécute ainsi instantanément, au moment de la livraison des marchandises. Par conséquent, si cette livraison s'avère impossible en raison de la perte de la marchandise, le transport qui a eu lieu jusque-là devient complètement inutile du point de vue de la réalisation de l'objectif de l'échange poursuivi par le contrat. Il est, dès lors, tout à fait conforme à l'économie du contrat et à l'intention des parties, que de rejeter le droit au prix du transporteur pour le déplacement effectué, qui a perdu son sens en raison de la perte de l'objet du transport.

Le législateur a spécifiquement prévu cette solution dans le domaine du transport maritime. Pour le transport maritime de marchandises, l'article R5422-13 du Code des transports<sup>52</sup> prévoit qu'« Il n'est dû aucun fret pour les marchandises perdues par fortune de mer ou par suite de la négligence du transporteur »<sup>53</sup>. La notion de fortune de mer désigne tout événement qui

<sup>51</sup> L'obligation du déplacement du transporteur est définie comme « l'obligation de livrer la marchandise en l'état où elle a été remise, au lieu et au destinataire convenus, dans le délai fixé ». De ce fait, « il faut reconnaître que le transporteur assume davantage une obligation de livraison qu'une obligation de déplacement. En effet, sa prestation a pour objet la remise de la marchandise au destinataire et non son seul acheminement » (Christophe PAULIN, *Droit des transports*, Litec, Paris, 2005, n° 475, p. 243). Sur les obligations du transporteur maritime, voir aussi Jean-Pierre, BEURIER *Droits maritimes*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz Action, Paris, 2008, n° 345. 73, p. 404 ; René RODIERE / Emmanuel DU PONTAVICE, *Droit maritime*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1996, n° 326, p. 302 : le transporteur « s'engage à déplacer une cargaison définie sur une relation maritime donnée moyennant le paiement d'un fret ». Ainsi, il est accepté que le transporteur « a promis un résultat : livrer au port de destination (ou port de reste) la marchandise qu'il a prise au port de charge. » (René RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements & Transports, Tome II, Les contrats de transport de marchandises*, Dalloz, Paris, 1967, n° 390, p. 12). La livraison des marchandises est un composant essentiel des obligations du transporteur, car elle est « l'acte juridique par lequel le transporteur accomplit son obligation fondamentale en remettant au destinataire [...] la marchandise qu'il a déplacée à cette intention » (R. RODIERE, *Tome II*, n° 545, p. 182).

<sup>52</sup> Ancien art. 46 du décret du 31 décembre 1966.

<sup>53</sup> Les parties peuvent néanmoins contourner la règle, par l'insertion dans le connaissement d'une clause de « fret acquis à tout événement », Arnaud MONTAS, *Droit Maritime*, 2<sup>e</sup> éd.,

risque de perturber le bon déroulement du processus d'exécution sans qu'il soit imputable à l'une des parties<sup>54</sup>. La perte fortuite de la chose, objet du transport, fait ainsi perdre au transporteur le droit à la rémunération. La doctrine voit dans cette disposition, à juste titre, une application de la règle *res perit debitori*<sup>55</sup>. La disparition du droit au fret pour cause de perte de la chose s'explique, comme dans toutes les applications de l'adage, par l'absence d'exécution de la part du débiteur, ce dernier n'ayant pu transmettre aucun bénéfice à son créancier<sup>56</sup>.

### B. Perte de la chose dans l'affrètement au voyage

Le contrat d'affrètement est le contrat par lequel « le frèteur s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affrèteur » (art. L5423-1). Les trois principales catégories du contrat d'affrètement n'ont cependant pas la même économie<sup>57</sup>. Il est possible à cet égard de voir une

---

Vuibert, Paris, 2015, p. 199 ; Gaël PIETTE, *Droit maritime*, A. Pedone, Paris, 2017, n° 1140, p. 530.

<sup>54</sup> Le contenu de la notion de « fortune de mer » est controversé. S'agissant de l'ancien art. 46 du décret du 31 décembre 1966, qui a été remplacé par la disposition susvisée du Code des transports, certains auteurs ont plaidé pour une interprétation extensive, puisqu'il s'agirait d'une application de la théorie de la cause (v. Pierre BONASSIES / Christian SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, n° 1046, p. 811 : « l'article 46 appliquant au transport maritime la théorie de la cause, il faut opter pour une interprétation extensive de la notion ». *Contra*, v. Emmanuel DU PONTAVICE / Patricia CORDIER, *Transport et affrètements maritimes*, 2<sup>nd</sup> éd. Delmas, Paris, 1990, p. 98. Ces auteurs critiquent la formulation large de la disposition et soutiennent qu'il n'y a pas lieu de donner à la fortune de mer une signification plus large que celle qui figurait à l'ancien article 302 du Code de commerce, que l'article 46 du décret du 31 décembre 1966 (et consécutivement R5422-13 du Code des transports) est venue remplacer. L'ancien article 302 du Code de commerce prévoyait que « il n'est dû aucun fret pour les marchandises perdues par naufrage ou échouement, pillées par des pirates ou prises par les ennemis ».

<sup>55</sup> F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 883, p. 504; J. P. BEURIER, n° 345. 91, p. 406 ; Philippe-Jean HESSE / Jean-Pierre BEURIER / Patrick CHAUMETTE / André-Hubert MESNARD / Robert REZENTHEL, *Droits maritimes, t. I, Mer, navire et marins*, Juris Service, Lyon, 1995, p. 320.

<sup>56</sup> Il faut noter que l'article L132-7 du Code de commerce, qui est parfois évoqué dans la problématique de l'attribution des risques dans le contrat de transport ne régit pas le risque de la contreprestation, objet du présent travail. Cette disposition, qui prévoit que « La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport » n'a pas pour objectif de régler le risque de la rémunération, mais la question de responsabilité en cas de perte fortuite de la chose. La disposition signifie qu'en cas de perte fortuite de la chose, le propriétaire ne saurait engager la responsabilité du transporteur, elle n'a pas pour tâche de répondre à la question de la rémunération du transporteur en cas de perte fortuite.

<sup>57</sup> Pour une vue d'ensemble sur ces catégories, v. Raymond ACHARD / Philippe DELEBECQUE (actualisé par), Fascicule 1215, 2015, *JurisClasseur Transport, Vol. 5*, LexisNexis, Paris 2017, n° 12.

similitude entre l'affrètement à temps et l'affrètement coque-nue, alors que l'affrètement au voyage possède une structure différente, ce qui n'est pas sans conséquence au niveau des effets de la perte de la chose sur le droit à la contrepartie.

Dans l'affrètement à temps et l'affrètement à coque-nue, le débiteur de l'obligation caractéristique s'engage, non pas à effectuer un quelconque déplacement, mais à mettre le navire à la disposition de son créancier. L'affrètement à temps est le contrat par lequel le fréteur met un navire armé, avec son équipage, à la disposition de l'affréteur pour un temps défini ; quant à l'affrètement coque-nue, il concerne la location d'un navire ni armé ni équipé<sup>58</sup>. En exécution de ces deux types de contrats, la perte de marchandises, en soi, ne constitue pas un cas d'inexécution. C'est seulement lorsque cette perte s'accompagne par l'indisponibilité du navire que le contrat devient inexécuté par l'affréteur et soulève la question de savoir s'il a droit d'obtenir la contrepartie prévue. La solution de ce problème doit être cherchée dans la nature de l'obligation de l'affréteur, consistant dans la mise à disposition d'un bien. Dans ce type de relation, les obligations naissent et s'exécutent d'une façon étendue dans le temps ; ainsi, selon le principe de réciprocité des obligations, le prix reste dû pour la jouissance du navire jusqu'à la survenance de l'impossibilité d'exécution, et les obligations s'éteignent mutuellement à partir de ce moment-là. Lesdits contrats d'affrètement s'apparentent de ce point de vue au contrat de bail<sup>59</sup>, pour lequel le législateur a prévu la solution de la disparition des obligations respectives des parties, de façon non-rétroactive, à partir de la survenance de l'impossibilité d'exécution<sup>60</sup>. C'est cette solution qui devrait être appliquée à ces contrats d'affrètement : le prix reste dû pour la jouissance retirée du navire, objet de la prestation, jusqu'à ce que la jouissance devienne impossible. Puisque l'obligation de l'affréteur ne porte pas sur l'usage dont le fréteur entend faire du navire, l'éventuelle perte des marchandises mises dedans n'a pas d'incidence sur le droit au fret, dans la mesure où la mise à disposition du navire n'en est pas affectée.

Or, l'économie du contrat d'affrètement au voyage est différente d'autres contrats d'affrètement. L'affrètement au voyage est défini par le législateur comme le contrat par lequel « le fréteur met à la disposition de l'affréteur, en

---

<sup>58</sup> P. BONASSIES / C. SCAPEL, n° 751, p. 594. V. aussi, A. MONTAS, *Droit Maritime*, p. 180 et 182.

<sup>59</sup> Dans ce sens, pour l'affrètement coque-nue, v. A. MONTAS, *Droit Maritime*, p. 182; G. PIETTE, n° 1018, p. 473.

<sup>60</sup> L'article 1722 du Code civil : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit [...] »

tout ou en partie, un navire en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages»<sup>61</sup>. L'obligation de « mise à disposition » à la charge du frèteur est le point commun avec les autres contrats d'affrètement. Cependant, dans l'affrètement au voyage, le frèteur gère entièrement le navire<sup>62</sup>; c'est lui qui doit effectuer le voyage<sup>63</sup>. Si, les obligations se rapportant au déplacement du navire le distinguent des autres types d'affrètement, l'affrètement au voyage se distingue également du contrat de transport, puisque l'obligation de déplacer le navire ne produit pas directement d'obligations à l'égard des marchandises : « Différence essentielle d'avec le contrat de transport, le frèteur ne prend pas la marchandise en charge et ne s'engage pas à la déplacer. Il s'engage seulement à ce que le navire effectue le voyage convenu »<sup>64</sup>. Le contrat n'ayant pas pour objet la livraison de la marchandise transportée, la solution des effets de la survenance d'un incident fortuit sur le fret est délicate<sup>65</sup>.

Le fait de ne pas avoir assumé des obligations relatives à la marchandise signifie que, contrairement au transporteur, le frèteur n'entend pas être responsable de la perte de la marchandise. Effectivement, le contrat de transport et l'affrètement au voyage se distinguent en droit positif essentiellement par ce que le frèteur n'est pas responsable des dommages subis par la marchandise, à moins que son cocontractant établisse qu'ils ont pour cause un fait tenant à la gestion nautique ou commerciale du navire<sup>66</sup>. Or, l'absence de responsabilité ne rime pas forcément avec l'exécution de l'obligation. Si l'obligation du frèteur ne porte pas directement sur le transport

---

<sup>61</sup> Code des transports, art. L5423-13.

<sup>62</sup> E. DU PONTAVICE/P. CORDIER, p. 310 ;

<sup>63</sup> P. BONASSIES / C. SCAPEL, n° 771, p. 610 ; R. RODIERE/E. DU PONTAVICE, n° 303, p. 285 : « A la différence de l'affrètement à temps, il n'y a plus location d'un navire dont les affrêteurs feront ce que bon leur semblera dans les limites de la convention; c'est le frèteur qui exécutera le voyage du port de charge au port du reste ».

<sup>64</sup> C. PAULIN, n° 567, p. 288 ; dans le même sens, v. G. PIETTE, n° 1042, p. 485 : « [...] le contrat d'affrètement porte sur un navire, puisque l'obligation caractéristique du frèteur est la mise à disposition du navire à l'affrèteur. Au contraire, le contrat de transport porte sur une marchandise, que le transporteur s'engage à déplacer selon les modalités convenues ». En effet, « L'affrètement concerne un navire. Le contrat de transport concerne une cargaison. » (René RODIERE, *Traité général de droit maritime, Affrètements & Transports, Tome I, Introduction-Les contrats d'affrètement*, Dalloz, Paris, 1967, n° 15, p. 23). Pour une comparaison approfondie de ces deux contrats en droit maritime, voir René RODIERE, « Considérations sur les affrètements et les transports en droit comparé », *DMF*, 1979, n° 561, p. 387 et s. ; Emmanuel DU PONTAVICE, « Observations sur la distinction entre contrat d'affrètement et contrat de transport de marchandise par mer », *Annuaire du droit maritime et aéro-spatial*, tome IX, 1987, p. 11 et s.

<sup>65</sup> J. - P. BEURIER, n° 344. 41, p. 379.

<sup>66</sup> C. PAULIN, n° 567, p. 288.

des marchandises, le voyage qu'il a entendu assumer a pour finalité ce transport et ne saurait être considéré comme étant accompli sans que cette finalité soit atteinte. Comme il a été remarqué, «L'affréteur ne loue plus un navire, il attend un service: le déplacement d'Abidjan à Bordeaux et Nantes du navire dans lequel il aura mis sa marchandise »<sup>67</sup>. Une certaine partie de la doctrine attache, de ce fait, l'exécution de l'obligation du fréteur à l'achèvement du déplacement du navire *avec la marchandise*, puisque le déplacement de la marchandise est implicitement assurée par le déplacement du navire<sup>68</sup>. Dans cet esprit, il est admis que «Le fret est gagné par lui (le fréteur) une fois son obligation accomplie, c'est-à-dire une fois la marchandise délivrée »<sup>69</sup>, « car le déplacement des marchandises constitue la cause du contrat »<sup>70</sup>. La connexion entre le déplacement de navire et le déplacement des marchandises est d'ailleurs confirmée par le fait que, dans ce type de contrat, le fret est habituellement fixé en fonction du poids des marchandises mises à bord<sup>71</sup> ou de la capacité de chargement du navire<sup>72</sup>.

Prenant acte de ces caractéristiques de l'affrètement au voyage, l'ancien article 302 du Code de commerce, qui était applicable à ce type de contrat, privait le fréteur du fret en cas de survenance de certains événements fortuits

---

<sup>67</sup> R. RODIERE/E. DU PONTAVICE, n° 303, p. 285 ; A. MONTAS, *Droit Maritime*, p. 174 : « comme l'écrit le Professeur Delebecque, «l'affréteur ne loue plus un navire (cas de l'affrètement à temps), il attend un service : le déplacement (...) du navire dans lequel il aura mis sa marchandise ». En ce sens, le contrat d'affrètement au voyage apparaît proche du contrat de transport maritime de marchandises », Philippe DELEBECQUE, *Droit Maritime*, 13. éd. coll. « Précis », Dalloz, Paris, 2014, n° 653, p. 429, cité par A. MONTAS. Dans le même sens, v. G. PIETTE, n° 946, p. 445 ; Raymond ACHARD, Fascicule 1220, 1998, *JurisClasseur Transport, Vol. 5*, LexisNexis, Paris 2017, n° 1, pour une liste de ressemblances et des différences, R. ACHARD, n° 2.

<sup>68</sup> P.-J. HESSE / J.-P. BEURIER / P. CHAUMETTE / A.-H. MESNARD / R. REZENTHEL, p. 279: « On le voit: ce contrat d'affrètement au voyage se distingue nettement du contrat de transport par son objet, par son contenu, et par la physionomie des contractants. Malgré tout, par l'un comme par l'autre, un déplacement des marchandises est opéré. Tout change avec les deux autres types d'affrètement ». Les auteurs affirment plus loin, relativement aux obligations de fréteur relatives au voyage, que « le navire doit accomplir le voyage prévu » (p. 297).

<sup>69</sup> P. BONASSIES / C. SCAPEL, n° 812, p. 637. Les auteurs soulignent que ce principe peut être écarté par les stipulations de la charte. Mais les juridictions françaises semblent interpréter ces clauses de façon restrictive, v. les exemples donnés par les auteurs, n° 812, p. 637. Soutenant que le fret est dû à la livraison de marchandise, sauf stipulation contraire, v. G. PIETTE, n° 978, p. 457.

<sup>70</sup> S. FARNOCCHIA, n° 382, p. 414.

<sup>71</sup> P. BONASSIES / C. SCAPEL, n° 810, p. 636.

<sup>72</sup> P. BONASSIES / C. SCAPEL, n° 810, p. 636 ; R. RODIERE/E. DU PONTAVICE, n° 310, p. 291.

entraînant la perte de la marchandise<sup>73</sup>. La disposition prévoyait qu'«il n'y a aucun fret pour les marchandises perdues par naufrage ou échouement, pillées par des pirates ou prises par les ennemis». Cette disposition ne fait cependant plus partie du droit positif et les textes contemporains ne se prononcent pas sur l'incidence de la perte de la chose transportée sur le droit au fret de l'affrèteur. La nature du contrat d'affrètement, dont on vient de dégager les traits, commande de prendre parti en faveur du maintien de la même solution. La solution de l'ancien article 302 était en effet une confirmation de la particularité de l'obligation contractée par l'affrèteur au voyage, qui porte non pas à proprement parler sur la mise à disposition de son navire, indépendamment de l'usage qu'on va en faire, mais sur le déplacement des marchandises par le biais du déplacement de navire<sup>74</sup>. La perte du fret pour cause de perte des marchandises était dès lors une conséquence qui découlait directement de la nature de l'obligation contractée par l'affrèteur au voyage. Il convient, dès lors, de tirer toutes les conséquences de cette nature particulière de l'obligation de l'affrèteur au voyage, alors même que l'ancien article 302 ne fait plus partie du droit positif. S'étant engagé à assurer le déplacement d'un navire précis, en vue d'effectuer un déplacement des marchandises, l'impossibilité de livrer les marchandises à la destination prévue fait perdre tout son sens au déplacement du navire et équivaut à une inexécution totale de l'obligation. C'est pourquoi la perte des marchandises devrait lui faire perdre tout droit au prix, en raison de l'absence de tout transfert de bénéfice au créancier de l'obligation, et cela même lorsqu'aucune disposition spéciale ne la prévoit, sur le fondement de l'applicabilité générale de la règle *res perit debitori*<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Le Code de commerce édictait diverses règles concernant l'incidence de certains événements sur le fret (les articles 302 et suivants). Ces dispositions ont été abrogées par la Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes et de nouvelles règles ont été posées par décret du 31 décembre 1966. Ces contrats sont aujourd'hui régis par le Code des transports.

<sup>74</sup> *Contra* R. RODIERE, *Tome I*, n° 107, p. 135, selon l'auteur, les pertes ou les avaries qui tiennent à des événements fortuits ne sauraient influencer sur la dette de fret « puisque le frèteur aura exécuté son obligation qui était de mettre un navire en bon état à la disposition de l'affrèteur. La théorie de la corrélation des obligations dans le contrat synallagmatique fera dire qu'il a exécuté son obligation et que l'affrèteur doit acquitter la sienne ».

<sup>75</sup> Les parties sont libres de convenir d'une autre solution, comme c'est le cas pour la clause de fret acquis à tout événement, que l'on insère dans les connaissements ; v. pour ces clauses dans l'affrètement au voyage et les limites de leur validité, R. ACHARD, n° 25.

### C. Perte de la chose et avarie commune

Il existe une hypothèse où la perte de l'objet du transport maritime ne prive pas le transporteur du droit à une compensation pour le transport qu'il a effectué jusqu'à la survenance de la perte. Selon l'article R5422-12 du Code des transports, « le transporteur est payé du fret des marchandises jetées à la mer pour le salut commun, à charge de contribution ». Cette disposition nous renvoie au régime particulier prévu pour ce qu'on appelle les « avaries communes », et différencie cette hypothèse de celle des avaries personnelles, régies par la disposition suivante, qui prévoit une solution diamétralement opposée : « Il n'est dû aucun fret pour les marchandises perdues par fortune de mer [...] ».

L'avarie, c'est-à-dire le dommage ou la perte pouvant survenir au cours de l'expédition maritime est commune « quand elle donne lieu à une contribution de ceux qui sont intéressés à l'expédition maritime, c'est-à-dire, d'une part, l'armateur et d'autre part, les chargeurs »<sup>76</sup>. Autrement dit, la qualification d'une perte d'avarie commune produit l'effet de créer un droit à contribution et une obligation de contribution au profit et à la charge de toute personne qui est intéressée dans l'expédition maritime, puisque les mesures prises, y compris le sacrifice d'une partie de la cargaison<sup>77</sup>, sont censées servir l'intérêt commun<sup>78</sup>. Ce régime est généralement expliqué par l'idée d'association d'intérêts qui est propre au transport maritime<sup>79</sup>. Dans le transport terrestre, on considère que le transporteur prend à sa charge tous les risques du transport. Dans la navigation maritime, les risques sont estimés être plus grands et peuvent mettre en danger plus facilement le navire et tout ce qui est dedans. Mais l'on considère que par des mesures appropriées, l'on peut parfois sauver le navire et peut-être certaines des marchandises. Il s'agirait alors d'endurer une certaine perte pour en éviter une autre qui peut être plus

<sup>76</sup> R. RODIERE/E. DU PONTAVICE, n° 472, p. 470.

<sup>77</sup> On pourrait s'interroger sur la question de savoir s'il s'agit là d'une impossibilité d'exécution, puisque le fait constitutif de l'avarie commune exige une décision quant au sacrifice des marchandises. Que l'on le qualifie ou non d'une impossibilité d'exécution, il s'agit d'un facteur qui libère sans doute le débiteur de son obligation et effectue de ce fait le transfert du risque de la contreprestation au créancier, et qui peut s'expliquer par l'existence d'un état de nécessité

<sup>78</sup> C. PAULIN, n° 229, p. 118 ; A. MONTAS, *Droit Maritime*, p. 144 ; G. PIETTE, n° 760, p. 355.

<sup>79</sup> Arnaud MONTAS, « Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie », *DMF*, 4/2008, n° 691 ; J.-P. BEURIER, n° 363. 07, p. 516 : « Elle [la théorie de l'avarie commune] vise à assurer à côté de l'assurance, une protection adéquate et renforcée des intérêts liés par une communauté de destin au cours d'une expédition maritime ».

grande. Pour pousser le capitaine à prendre ces mesures, on admet que, si elles sont prises, c'est dans l'intérêt de tous et c'est pourquoi, chacun devrait contribuer à la charge financière de la perte qui a été subie par la nécessité de prendre les mesures requises.

En termes de répartition du risque de la contreprestation dans les rapports contractuels individuels, cette théorie conduit à une solution originale, et elle est conçue de ce fait comme un instrument de répartition de risque maritime qui va à l'encontre des principes de la théorie générale du contrat. Elle est parfois considérée comme une exception à la règle de *res perit debitori*<sup>80</sup>, car le fret reste dû, alors même que le débiteur n'a pas pu exécuter, en tous cas pas totalement, ses obligations portant sur les marchandises. Pourtant, il nous semble que l'avarie commune ne se présente pas comme une entorse à la règle *res perit debitori*. Bien que le Code des transports énonce que « le transporteur est payé du fret », il précise toute de suite que cela a lieu « à charge de contribution ». Cela signifie que le paiement a lieu seulement de la part des chargeurs qui, à la suite de l'évaluation des pertes et des intérêts présents, s'avèrent débiteurs de l'obligation de contribution<sup>81</sup>. Autrement dit, le transporteur perd en principe le droit au fret, mais étant donné la qualification de l'avarie commune, il obtient un droit de recours indépendant du contrat de transport à l'égard de certains de ces contractants pour le sacrifice qu'il a fait. Même lorsque le calcul aboutit à faire contribuer au sacrifice les chargeurs dont la marchandise a péri, cela ne se produit pas en tant qu'obligation de payer la contrepartie d'une prestation qui n'a pas pu être exécutée. Par conséquent, en ce qu'elle met en place une procédure d'indemnisation indépendante du contrat de transport initial, et qu'elle ne conduit pas, de ce fait, au paiement du fret en cas de perte des marchandises, la procédure de la contribution aux avaries communes ne saurait être considérée comme une exception à la règle *res perit debitori*<sup>82</sup>. Elle est certes un moyen de répartition des risques maritimes, mais ce moyen ne se présente pas comme une entorse à la règle de répartition basée sur la réciprocité des obligations, il s'y ajoute sous forme d'un procédé extracontractuel.

---

<sup>80</sup> F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 883, p. 504.

<sup>81</sup> Cela ne signifie pas pour autant que la comparaison se réalise entre les valeurs perdues et les valeurs sauvées, « ce qui aboutirait à ne faire contribuer que ceux qui ont échappé au sinistre. Il convient que tous, y compris ceux qui ont subi des pertes, participent au règlement » (C. PAULIN, n° 230).

<sup>82</sup> Après vérification des conditions de l'avarie commune, un expert détermine le montant des sacrifices consentis (masse créancière) et la valeur des intérêts engagés dans l'expédition au moment de l'avarie commune (masse débitrice) (A. MONTAS, *Droit Maritime*, p. 147). La procédure, où les règles juridiques se mêlent avec la pratique maritime, est connue pour être complexe (P. BONASSIES / C. SCAPEL, n° 540, p. 453).

En conclusion, lorsque l'impossibilité d'exécution revêt la forme de la perte de la chose objet de la prestation due, l'application de la règle *res perit debitori* revient à mettre à la charge du débiteur l'investissement qu'il a fait en vue de l'exécution. Ce principe est confirmé par quelques dispositions éparses, qui portent expressément sur la perte de l'objet de la prestation dans le cadre du contrat d'entreprise et du contrat de transport maritime. Une disposition relative à l'affrètement maritime, qui n'est plus en vigueur mais qui n'est pas contredit non plus par des textes en vigueur, prévoyait également une solution semblable. Dans ces exemples, la perte du droit à la rémunération se justifie par le fait que la perte de l'objet de la prestation fait disparaître toute possibilité du transfert d'utilité au créancier. Ce dernier se trouve donc, conformément au principe de la réciprocité des obligations, dispensé de payer pour les actes d'exécution qui ne lui ont fourni aucune utilité. C'est donc au débiteur de l'obligation de supporter la charge du risque de la contreprestation. La dureté de la solution pour le débiteur s'explique par le fait que la perte de la marchandise fait disparaître tout transfert d'utilité au créancier de l'obligation. La solution, on le verra, est différente lorsque l'impossibilité d'exécution ne se présente pas sous forme de perte de la chose, objet de la prestation.

## **II. APPLICATION DE LA REGLE *RES PERIT DEBITORI* EN DEHORS DE CAS DE PERTE DE L'OBJET DE LA PRESTATION**

L'impossibilité d'exécution n'est pas toujours liée à la perte de l'objet de la prestation. D'une part, il se peut que dans une obligation portant sur une chose, cette chose ne soit pas affectée par l'empêchement à l'exécution, d'autre part, dans les contrats où l'obligation ne porte pas sur une chose, l'impossibilité d'exécution se produit forcément sans qu'il y ait une perte physique. Dans ces hypothèses, les actes d'exécution du débiteur, bien qu'ils n'aboutissent pas au résultat souhaité, peuvent avoir procuré une certaine utilité au créancier. Malgré le fait qu'on ne puisse pas parler de l'exécution de l'obligation, ce transfert d'utilité justifie que le débiteur obtienne une contrepartie. L'on trouve les indices de cette solution dans les textes (1) et dans la jurisprudence (2). Si l'on admet la généralisation de cette solution, une nouvelle difficulté se fait jour : il s'agit de savoir si la compensation du débiteur pourrait se faire sur la base des stipulations contractuelles, autrement dit par le biais d'une rémunération proportionnelle au prix fixé dans le contrat, ou si l'absence d'exécution au sens juridique du terme oblige à envisager la liquidation du rapport entre les parties dans une optique de restitution, sur un fondement extra- contractuel. (3).

## 1. Les textes qui commandent la compensation du débiteur pour le transfert d'utilité

Le législateur a prévu un système de compensation dans le contrat d'entreprise (A) et dans certains contrats de déplacement de marchandise (B).

### A. Compensation du débiteur dans le contrat d'entreprise

Nous avons vu que la perte de la chose, avant le moment qui marque l'exécution, à savoir la réception de l'ouvrage, permet d'attribuer les risques du contrat à l'entrepreneur, en application des articles 1788 et 1790 du Code civil. Cela revient à poser le principe suivant lequel l'empêchement à l'exécution survenant avant la réception de l'ouvrage prive l'entrepreneur du droit à la rémunération. Or, il existe une hypothèse pour laquelle le législateur en a décidé différemment : il a prévu une rémunération proportionnelle pour l'entrepreneur à concurrence d'actes d'exécution effectués jusqu'à la survenance de l'empêchement, et cela en dépit du non achèvement de l'ouvrage. Il s'agit des cas où l'empêchement à l'exécution tient à une cause provenant de la personne de l'entrepreneur.

Selon l'article 1795 du Code civil, la mort de l'entrepreneur est une cause d'extinction du contrat d'entreprise, puisque son obligation est conçue comme une obligation *intuitu personae* : « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur ». Le décès de l'un des contractants est certainement un risque, un événement non imputable aux parties, dont il faut répartir la charge. Mais les conséquences attachées à cette circonstance sont très différentes de celles qui sont attachées à la perte de la chose. Selon l'article 1796, « le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux et ces matériaux peuvent lui être utiles »<sup>83</sup>. Autrement dit, le maître de l'ouvrage qui n'est tenu de faire aucun paiement lorsque l'empêchement se présente sous forme de perte de l'ouvrage doit payer une somme à l'entrepreneur lorsque l'empêchement se présente sous forme du décès du cocontractant, à condition que les travaux ou les matériaux peuvent lui être utiles.

La disposition peut être interprétée de deux manières. La première interprétation consiste à affirmer qu'il s'agit d'une solution exceptionnelle que justifie seul le décès – ou l'incapacité- de l'entrepreneur. Certains auteurs interprètent la disposition dans cette direction et considèrent que la

---

<sup>83</sup> Assimilant la solution à « une résiliation sans rétroactivité », v. F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 884, p. 505.

rémunération de l'entrepreneur alors que l'ouvrage n'est pas achevé, est une solution « d'équité »<sup>84</sup>, qui vise à protéger l'entrepreneur pour des raisons de « politique juridique »<sup>85</sup>. Or, cette opinion, qui fait du prix de l'ouvrage en quelque sorte un moyen de protéger la famille de l'entrepreneur qui a perdu, avec le décès de ce dernier, sa source de revenu, succombe devant une autre interprétation qui ressort des conditions d'application de la disposition. Si le but est exclusivement de fournir une pension aux héritiers de l'entrepreneur, l'on voit mal pourquoi le législateur exige que le maître de l'ouvrage verse seulement le montant du travail qui lui est utile. Comme cette condition d'application de l'article 1796, à savoir l'utilité des actes d'exécution pour le maître de l'ouvrage le montre, la différence de ce cas de figure avec la perte de l'ouvrage consiste dans la possibilité d'un transfert de bénéfice en dépit de l'impossibilité d'exécution. Il s'agit certes, d'une obligation de résultat, et ce résultat est censé être fourni de façon instantanée, au moment où l'ouvrage conforme au projet contractuel est reçu par le maître de l'ouvrage. Cependant, cela ne fait pas entrave à la reconnaissance de la réalité du transfert d'utilité qui a lieu au fur et à mesure que l'ouvrage a été façonné. Le maître de l'ouvrage, qui aura recours à un tiers afin de mener à terme le travail inachevé pourra, en principe, le faire achever à un prix moindre que celui dont il aurait été convenu si le nouvel entrepreneur avait à recommencer le travail dès le début. Le travail jusqu'alors effectué par le premier entrepreneur permet au maître de l'ouvrage de n'avoir recours à un autre que pour compléter l'ouvrage, et non pas pour le recommencer<sup>86</sup>. Il se peut aussi que l'ouvrage effectué présente une utilité à lui seul sans avoir besoin d'être complété. C'est de ces bénéfices que parle l'article 1796 lorsqu'il pose la condition de l'utilité pour le maître de l'ouvrage des travaux jusqu'alors effectués<sup>87</sup>. En revanche, lorsque

---

<sup>84</sup> F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 961, p. 548. *Contra*, S. FARNOCCHIA, n° 368-369, p. 401, qui affirme que la particularité de la disposition doit être cherchée dans la nécessité d'empêcher l'enrichissement sans cause du créancier.

<sup>85</sup> Lorenz WERNER, « Einige rechtsvergleichende Beobachtungen zur Gefahrtragung im Werkvertragsrecht », in *Konflikt und Ordnung : Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, ed. A. HELDRICH, C. H. Beck, München, 1978, spéc. p. 593-594.

<sup>86</sup> Charles AUBRY / Charles RAU, *Cour de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. V, par G. RAU, Ch. FALCIMAIGNE, M. GAULT, Marchal et Billard éd., Paris, 1907, § 374, p. 663

<sup>87</sup> L'utilité doit s'apprécier de manière objective, et non pas suivant les dires du maître de l'ouvrage sur ce qu'il compte faire de l'ouvrage. La solution inverse soumettrait la disposition à la seule volonté du maître de l'ouvrage ; en ce sens, v. F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 961, p. 549 ; C. AUBRY/ C. RAU, § 374, p. 663 : « Le maître ne saurait s'affranchir de l'obligation qui lui est imposée en alléguant qu'il compte apporter à l'ouvrage des changements qui rendraient lesdits travaux ou matériaux désormais inutilisables ».

l'inexécution est due à la perte de l'ouvrage, aucune utilité n'est transmise au maître de l'ouvrage. Celui qui reprendra les travaux ne peut pas se baser sur une ébauche déjà préparée, il devra tout recommencer. Le travail qui a déjà été fait a perdu toute sa valeur avec la perte de l'ouvrage.

La solution prévue par l'article 1796 peut dès lors être étendue à d'autres hypothèses où les intérêts respectifs se trouvent dans un équilibre semblable. Nous avons vu que l'esprit de la rémunération de l'entrepreneur en application de la disposition est basé sur un transfert des bénéfices, quoique partiel au maître de l'ouvrage, au moment où l'empêchement survient. Cela suppose, donc, que l'ouvrage, objet du travail n'ait pas péri, et qu'il présente une utilité pour le maître de l'ouvrage. Mais ce n'est pas tout. Il faut en outre que l'empêchement en cause constitue la fin de la relation contractuelle. En effet, dans l'hypothèse inverse, l'empêchement n'étant que temporaire et le contrat pouvant reprendre son cours normal, nul n'est besoin de procéder à une liquidation du passé; le travail effectué jusqu'à l'empêchement sera rémunéré ensemble avec le travail qui y sera ajouté une fois que l'obstacle sera levé. La possibilité d'étendre la solution prévue par l'article 1796 passe alors par la possibilité de constater une impossibilité d'exécution pour l'entrepreneur permettant la libération totale de ce dernier. Cette impossibilité peut surgir sous forme d'une impossibilité subjective ou objective d'exécution.

Une impossibilité subjective d'exécution ne débouche pas forcément sur l'extinction du rapport contractuel. Les incapacités personnelles de l'entrepreneur ne sont cause d'extinction du rapport contractuel qu'en présence d'une obligation *intuitu personae*<sup>88</sup>. Si, en effet, les héritiers de l'entrepreneur peuvent continuer le travail inachevé en cas de son décès, ou si l'entrepreneur est en mesure de trouver un remplaçant en cas d'autres formes d'incapacités, il ne saurait être question de la fin du contrat d'entreprise. Le champ d'application de la disposition se trouve ainsi limité par l'organisation professionnelle de l'exécution des contrats d'entreprise. Comme il a été remarqué, « le louage d'ouvrage est avant tout un contrat de professionnels et la prestation est souvent réalisée par des sociétés: le décès ne les touche pas »<sup>89</sup>; il en est de même pour les autres causes d'impossibilité tenant à la personne de l'entrepreneur. Cela ne va pourtant pas jusqu'à mettre à néant l'utilité de la disposition, dans la mesure où, un contrat d'entreprise portant sur une chose peut avoir été contracté en considération de la personne de l'entrepreneur. Il faut d'ailleurs réserver, lorsque le contrat est conclu avec

<sup>88</sup> P. MALAURIE / L. AYNES / P.-Y. GAUTIER, n° 780, p. 485.

<sup>89</sup> J. HUET / G. DECOCQ / C. GRIMALDI / H. LECUYER / J. MOREL-MAROGGEL, n° 32362, p. 1397.

une société, l'hypothèse de la dissolution de la personne morale, qui est assimilable à une incapacité personnelle, voire même au décès<sup>90</sup>. Ainsi, si la personne de l'entrepreneur avait une importance particulière pour le maître de l'ouvrage, non seulement le décès, mais aussi toute sorte d'incapacité personnelle peut être considérée comme étant une cause d'impossibilité d'exécution, libérant l'entrepreneur de son obligation, mais conférant au maître les avantages du travail accompli jusqu'alors<sup>91</sup>.

Le second cas d'impossibilité d'exécution est celui où l'impossibilité d'achever l'exécution n'est pas due à la personne de l'entrepreneur, mais aux circonstances externes. Tel serait par exemple le cas si l'ouvrage ne peut plus être réalisé parce que les matières premières à sa fabrication ou sa construction font défaut<sup>92</sup>. Dans ces hypothèses d'impossibilité objective, l'empêchement provient d'une cause qui rend impossible la reprise du travail inachevé, non seulement pour la personne de l'entrepreneur, mais aussi pour tout autre personne placée dans les mêmes circonstances. Si par exemple, la réparation d'un objet ne peut se faire étant donné l'arrêt de fabrication d'une pièce nécessaire à son fonctionnement, si la construction de l'ouvrage ne peut pas se faire en raison de l'interdiction de l'importation d'une matière qui devrait être incorporée à l'ouvrage, l'achèvement des travaux conformément aux stipulations contractuelles devient objectivement impossible. L'impossibilité d'achever un travail conforme à la commande, que ce soit par l'entrepreneur ou par un tiers étant avérée, on peut se demander si la condition d'application de la disposition, à savoir le transfert d'utilité au maître de l'ouvrage ne fait pas défaut<sup>93</sup>. Un tel transfert d'utilité est concevable si la chose est susceptible de présenter une valeur économique autonome dans l'état dans lequel elle se trouve. La rémunération proportionnelle de l'entrepreneur est dès lors possible si le maître de l'ouvrage peut utiliser ce qui a pu être achevé jusqu'à la survenance de l'impossibilité définitive<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> J. HUET / G. DECOCQ / C. GRIMALDI / H. LECUYER/ J. MOREL-MAROGGEL, n° 32362, p. 1397, note 32.

<sup>91</sup> C'est cette solution qui est prévue par l'article 379 du Code des obligations suisse, puisqu'il fait référence à toutes les hypothèses de l'incapacité de la personne de l'entrepreneur pour obliger le maître de l'ouvrage à une rémunération proportionnelle : « Lorsque l'entrepreneur meurt ou devient, sans sa faute, incapable de terminer l'ouvrage, le contrat prend fin s'il avait été conclu en considération des aptitudes personnelles de l'entrepreneur. Le maître est tenu d'accepter les parties déjà exécutées de l'ouvrage, s'il peut les utiliser et d'en payer le prix ».

<sup>92</sup> F. LABARTHE / C. NOBLOT, n° 620, p. 349.

<sup>93</sup> M. PLANIOL/G. RIPERT, n° 936, p. 176 : « L'utilité de l'ébauche est nulle si, en fait, personne n'est capable de l'achever ».

<sup>94</sup> Herman MÜLLER, *Die Gefahrtragung nach schweizerischem Werkvertragsrecht*, Druck der H. A. Gutzwiller Aktiengesellschaft, Zürich, 1926, p. 77-78.

On peut ainsi arriver à la conclusion que la *ratio legis* de l'article 1796 du Code civil réside dans la nécessité de compenser le débiteur qui a réussi à fournir une utilité à son créancier, et que, partant, la solution que la disposition retient est susceptible d'être étendue à d'autres cas d'impossibilité fortuite d'exécution si une telle utilité peut être constatée. Ce qui importe est de pouvoir constater qu'il existe une possibilité objective pour le maître de l'ouvrage de profiter des actes d'exécution de l'entrepreneur. Ce constat doit l'obliger à rémunérer l'entrepreneur, en toute conformité avec la logique synallagmatique du contrat, en proportion de ce profit<sup>95</sup>.

### **B. Compensation du débiteur dans les contrats ayant pour finalité le déplacement de marchandises**

Nous avons vu quel est l'effet de la perte de la chose lorsque le débiteur s'engage à effectuer un déplacement, que ce soit le déplacement du moyen de transport, comme c'est le cas dans le cadre de l'affrètement au voyage, ou le déplacement des marchandises, comme c'est le cas dans les contrats de transport. Dans toutes ces hypothèses, le processus du déplacement ne revêt de sens qu'une fois que le voyage convenu a été effectué, et que l'objet du déplacement a été rendu au lieu convenu. De ce fait, la perte de la marchandise qui fait l'objet du déplacement empêche le créancier de l'obligation de retirer le moindre profit du travail effectué par le débiteur de l'obligation caractéristique, et par le même biais, prive ce dernier de son droit à la rémunération. La solution qui s'apparente à celle prévue pour le contrat d'entreprise par les articles 1788 et 1790 du Code civil est conforme au principe de réciprocité des obligations, en ce qu'elle fait reposer la rémunération, non pas sur la peine perdue du débiteur, mais sur le transfert des utilités, raison d'être du contrat. La question qui se pose est de savoir si c'est la même solution qui est retenue lorsque l'inexécution apparaît sous forme d'impossibilité de poursuivre le déplacement convenu sans qu'il s'agisse d'une perte de marchandise.

Des empêchements devant le déplacement des marchandises peuvent des fois être levés ; en droit maritime, la notion de transbordement des marchandises est destinée à régler ce genre de difficultés<sup>96</sup>. Il se peut cependant

---

<sup>95</sup> Observant une tendance à la rémunération partielle de l'entrepreneur « dans le cas où la force majeure n'interrompt que partiellement l'exécution ou lorsque l'évènement n'intervient qu'en cours d'exécution », F. COLLART DUTILLEUL/ P. DELEBECQUE, n° 742, p. 705. Par exemple, si un spectacle est interrompu pour une panne quelconque, l'organisateur s'engage à rembourser si le spectacle est à peine commencé, mais s'exonère lorsqu'il est bien entamé, F. COLLART DUTILLEUL/ P. DELEBECQUE, n° 742, p. 706.

<sup>96</sup> Pour les contrats de transport, l'article R5422-8 du Code des transports dispose que « En cas d'interruption de voyage, le transporteur ou son représentant doit, à peine de dommages-

que par suite de l'empêchement, une possibilité de transbordement des marchandises ne se présente pas. L'existence d'une impossibilité définitive n'est donc pas exclue. Se pose alors la question de savoir si le débiteur du déplacement, qui ne peut pas exécuter son obligation tel qu'elle a été prévue, peut prétendre au prix du travail qu'il a effectué jusqu'à la survenance de l'empêchement.

Le droit français donne une réponse nette à cette question dans le cadre de l'affrètement au voyage. Selon l'article R5423-27 Code des transports<sup>97</sup> « En cas d'arrêt définitif du navire en cours de route dû à un événement qui n'est pas imputable au fréteur, l'affréteur doit le fret de distance. » Cela signifie que le fréteur a droit à une certaine partie du prix convenu, en dépit du fait que le déplacement n'a pas pu être mené à terme comme il a été prévu<sup>98</sup>. L'opposition est nette avec la solution que la doctrine majoritairement retient en cas de perte de la marchandise dans ce type de contrat, qui consiste à priver le fréteur de tout droit au prix<sup>99</sup>. Or, dans chacune de ces deux hypothèses, le fréteur déploie le même effort et engage les mêmes dépenses ; il existe en effet un certain nombre d'actes qui ont été entrepris en vue d'exécution. En cas de perte de la chose, on fait négation de ces actes en mettant à la charge du débiteur le risque d'empêchement fortuit, alors que si l'empêchement ne débouche pas sur la perte de la chose, on les prend en considération. La différence du régime s'explique par la même idée qui permet une rémunération partielle de l'entrepreneur en application de l'article 1796 du Code civil: le transfert ou non d'une certaine utilité économique au créancier de l'obligation de déplacement, en l'espèce à l'affréteur. Lorsque l'inexécution n'est pas due à la perte de l'objet du déplacement, l'affréteur, qui voudrait mener à terme l'opération de déplacement des marchandises par d'autres moyens, en ayant recours à un tiers pourra profiter du déplacement déjà effectué. Il a donc déjà tiré un bénéfice partiel de l'acte du fréteur, empêché d'exécuter par force majeure. C'est la prise en considération de ce bénéfice qui est sous-jacent à l'article R5423-27 Code des transports.

---

intérêts, faire diligence pour assurer le transbordement de la marchandise et son déplacement jusqu'au port de destination prévu. ». Pour l'affrètement au voyage, selon l'article R5423-26 du Code des transports, « Dans le cas d'un empêchement durable d'entrée dans le port, le capitaine doit obéir aux ordres donnés, d'un commun accord, par le fréteur et l'affréteur ou, à défaut, se rendre dans un port voisin où il pourra décharger. »

<sup>97</sup> Art. 16 du décret du 31 décembre 1966.

<sup>98</sup> R. RODIERE/E. DU PONTAVICE, n° 308- 309, p. 239- 240 ; J. P. BEURIER, n° 344. 47, p. 381.

<sup>99</sup> V. *supra* I-2-B.

Une disposition similaire n'a pas été prévue pour le transport maritime. Néanmoins, l'existence de l'institution de fret de distance dans l'affrètement au voyage, et son inexistence dans le contrat de transport maritime ne saurait être expliquées de façon satisfaisante suivant les caractéristiques de l'affrètement au voyage. On pourrait être tenté de penser que le fret de distance est dû au fréteur en dépit de l'arrêt du navire puisque ce type de contrat s'apparenterait à un louage de choses, et que le fret de distance correspondrait à la compensation de la jouissance procurée au créancier, schéma qui ne saurait pas être transposé au contrat de transport. L'affrètement au voyage, on l'a vu, présente cependant des ressemblances importantes avec le contrat de transport, puisque l'obligation du fréteur ne porte pas, contrairement à d'autres formes d'affrètement, sur la jouissance d'un certain objet, mais sur le déplacement effectif du navire d'un point à l'autre. L'obligation n'est exécutée qu'une fois que ce déplacement est effectué. De ce fait, le fret n'est pas gagné au fur et à mesure de l'avancement du navire, mais une fois qu'il arrive au point prévu. L'institution de fret de distance n'est donc pas un simulacre de prix de location du navire, et elle ne pourrait pas être exclue du champ du contrat de transport par cet argument.

Il est à noter que certains auteurs ont affirmé que le fret de distance ne relève pas de la nature propre de l'affrètement au voyage. L'argument va dans le sens de son caractère purement légal et donc exceptionnel. Selon Rodière et Du Pontavice, les solutions légales relatives à l'arrêt du navire en route sont d'une importance particulière, car le droit commun, combiné de résolution, ou de risque et d'enrichissement sans cause conduirait à d'autres solutions, « en particulier la règle relative au fret de distance serait certainement toujours écartée »<sup>100</sup>. Il nous semble que cette affirmation est discutable. Nous croyons que l'idée qui est sous-jacente à l'institution de fret de distance dans l'affrètement au voyage n'est autre que la nécessité de compenser le transfert de bénéfice qui n'est pas remise en cause par la survenance de l'empêchement à l'exécution de l'obligation. Cette nécessité se trouve également dans le contrat de transport, maritime ou terrestre, à partir du moment où le déplacement effectué a fourni un certain bénéfice au créancier de l'obligation.

C'est par ailleurs la solution expressément retenue pour le transport terrestre. En effet, une solution similaire à celle retenue pour l'affrètement au voyage a été prévue dans plusieurs contrats types applicables aux transports publics routiers. Dans ces contrats, les textes prévoient que « En cas d'empêchement définitif dû à la force majeure, le transporteur a droit à la partie

---

<sup>100</sup> R. RODIERE/E. DU PONTAVICE, n° 309, p. 239-240.

du prix du transport correspondant au trajet effectué jusqu'à l'arrêt du transport. »<sup>101</sup> Ces dispositions, intitulées « empêchement au transport », régissent une hypothèse autre que la perte de la chose transportée, qui est traité en tant que « l'empêchement à la livraison ». Elles viennent donc s'appliquer lorsque le trajet est interrompu sans qu'il existe un obstacle définitif à la livraison. L'on voit ainsi une rémunération proportionnelle à l'utilité fournie au créancier a été expressément prévu par le législateur, à condition que la marchandise transportée n'a pas été perdue.

## **2. Les décisions de justice qui commandent la compensation du débiteur pour le transfert d'utilité**

L'idée de la rémunération du débiteur en fonction de l'utilité qu'il a transmise à son créancier est corroborée par certaines décisions de justice. Dans l'un de ces cas, remontant au 19<sup>e</sup> siècle, un contrat de remplacement militaire était devenu impossible à exécuter en raison de la suppression, par un fait du prince, de cette possibilité de remplacement après la conclusion du contrat. Cependant, la partie qui s'était engagée à fournir un remplaçant avait réussi à faire en sorte que son créancier bénéficie d'une circulaire ministérielle, qui lui a permis d'effectuer son service « dans ses foyers », soit dans des conditions qui sont plus avantageuses qu'en l'absence de ce circulaire. Un certain bénéfice avait donc été transféré par le débiteur à son créancier. La Cour de cassation a rejeté l'argument tiré de l'absence de faute du débiteur dans l'inexécution de son obligation, et a ainsi refusé le paiement du prix convenu, en application de l'adage *res perit debitori* : en l'absence d'exécution, le débiteur ne saurait réclamer le prix convenu. Elle n'a néanmoins pas omis de prendre en considération le service qui a été rendu au créancier, qui ne consiste certes pas dans le remplacement militaire promis, en raison d'impossibilité d'exécution, mais dans la facilitation des conditions d'exercice du service militaire, ce qui se rapproche du but recherché par la conclusion du contrat. Ainsi, selon la Cour, « par un événement de force majeure dont aucune des parties n'est responsable, le but qu'elles se proposaient dans leur contrat n'a pu être pleinement atteint ; l'exécution a cependant procuré au créancier une partie importante des avantages qu'il en attendait. Les intimés sont donc mal fondés à répéter contre l'appelant la totalité du prix. Qu'il y ait lieu par contre, en droit comme en équité, de

---

<sup>101</sup> Art. 16/al. 4 du « Contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique » (annexe à l'article D3222-1) ; art. 17/al. 4 du Contrat type pour le transport public routier en citernes (annexe à l'article D3222-2) ; art. 15/al. 4 du Contrat type pour le transport public routier d'objets indivisibles (annexe à l'article D3222-3).

déclarer dûment acquise à l'entrepreneur une somme proportionnée au service par lui rendu »<sup>102</sup>.

Toujours dans le cadre d'une décision ancienne relative à la charge du risque de la contreprestation en cas d'impossibilité fortuite, on retrouve la même idée. Il s'agissait d'un contrat de congrégation où la congrégation s'engageait à recevoir et à entretenir la congréganiste en contrepartie d'un apport. Le fait que l'apport est effectué instantanément permettait, malgré le caractère viager de l'entretien, de conclure à l'existence d'une obligation indivisible à la charge de la congrégation, qui est destinée à fournir un résultat qui ne sera atteint qu'à la fin de l'exécution<sup>103</sup>. La loi ordonnant la dissolution des congrégations, cette obligation était devenue impossible à exécuter. La Cour de cassation a admis l'action en résolution du contrat et en restitution de l'apport, exercée par la congréganiste, puisque le prix n'avait pas à être payé en l'absence d'exécution réciproque, peu importe si l'inexécution est fautive ou non. Mais elle a nuancé ce principe en prenant en considération dans le calcul de la somme à restituer, « des services réciproques que les parties contractantes se sont effectivement rendus pendant le temps où le contrat a été exécuté »<sup>104</sup>.

Ces décisions, rendues dans le cadre de contrats innomés, relèvent d'une conception fonctionnelle du principe de la réciprocité des obligations, permettant ainsi de conserver l'échange tel qu'il a pu être effectué. D'une part, le fait que le débiteur ne soit pas fautif dans l'inexécution n'est pas un argument valable pour lui permettre d'obtenir la contreprestation convenue, puisque l'exécution de la contreprestation exige l'exécution corrélative de la prestation : *res perit debitori*. Mais d'autre part, toujours dans la même logique, si l'on peut constater un certain transfert d'utilité, le même principe commande de fournir une certaine contrepartie, bien que, faute d'exécution de l'obligation, cette utilité ne soit pas la même que celle qui était initialement prévue.

Un exemple relativement plus récent est fourni dans le cadre d'un contrat de transport pour lequel il n'existait pas de texte particulier en ce qui concerne l'incidence de la force majeure sur l'obligation de paiement du prix due par le créancier<sup>105</sup>. Il s'agissait d'un contrat de transport ferroviaire, où la compagnie de chemin de fer avait dû interrompre le transport d'une marchandise et avait

---

<sup>102</sup> Cass. civ. 3 août 1875, *DP*. I. 409.

<sup>103</sup> S. FARNOCCHIA, n° 371, p. 405.

<sup>104</sup> Cass. civ. 13 mars 1907, *S.* 1907. I. 321.

<sup>105</sup> Cass. com. 20 janvier 1953, *JCP* 1953. II. 7697, note R. RODIERE.

mis celle-ci à la disposition du destinataire dans une gare intermédiaire sur le parcours qu'elle devait suivre. La Cour d'appel a refusé toute rémunération à la compagnie au nom du principe d'indivisibilité du contrat de transport. La décision est cassée, au motif que refuser toute rémunération au débiteur revient à lui mettre toute la charge d'un événement dont il ne peut pas être tenu responsable. La Cour de cassation a donc exigé une rémunération du transporteur proportionnellement au prix stipulé. Cela signifie que le débiteur, qui a pu effectuer un certain déplacement des marchandises a droit à la rémunération de service qu'il a pu effectivement rendre à son créancier. La démarche est la même que les décisions précitées ; *res perit debitori* aboutit, non pas à la destruction de ce qui s'est passé, mais à sa conservation, lorsqu'un certain transfert d'utilité a effectivement eu lieu. En effet, dans cette espèce, bien que l'exécution n'a pas eu lieu comme convenu, toujours est-il que la marchandise n'a pas été perdue et a pu être quoique partiellement déplacée.

Ainsi, le fait de ne pas avoir exécuté l'obligation telle qu'elle a été prévue fait en toute logique échec à l'obtention par le débiteur de la contrepartie stipulée ; néanmoins, l'absence d'exécution ne veut pas dire que le créancier n'a aucunement profité des efforts déployés par le débiteur jusqu'à l'arrêt de l'exécution. La compensation de ce dernier pour ce transfert d'utilité, conséquence du principe synallagmatique, fait partie du droit positif. Le législateur prévoit, en effet, dans le contrat d'entreprise et dans les contrats de déplacement de marchandises, que si l'empêchement est fortuit, le créancier de l'obligation inexécutée doit une rémunération au débiteur de l'obligation à proportion du transfert de l'utilité, bien que les actes d'exécution ne soient pas accomplis. Ce principe de la rémunération proportionnelle du débiteur empêché par un cas fortuit d'achever l'exécution a aussi été plusieurs fois appliqué par la jurisprudence dans des hypothèses où aucune solution légale n'avait été prévue.

### **3. Fondement de la compensation de l'utilité transmise**

Une fois la nécessité d'une compensation est acquise, la question qui se pose est de savoir si cette compensation se fait en vertu de la conservation des effets du contrat dans la mesure du transfert d'utilité, ou si l'absence d'exécution entraîne un anéantissement total du contrat, pour faire surgir un rapport de restitution qui régira la compensation sur un fondement extracontractuel. La réponse de la question présente des intérêts pratiques, dont le calcul du montant à payer : dans l'option de la conservation des effets passés du contrat, le transfert d'utilité pourra ouvrir droit à un prix proportionnel au prix stipulé, tandis que dans l'option de l'anéantissement total

du contrat, l'évaluation doit se faire par le jeu des restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif du contrat.

La restitution ne semble pas être la voie préférée par les textes et les décisions de justice qui commandent la compensation du débiteur qui a pu créer un bénéfice pour le créancier jusqu'à la survenance de l'empêchement définitif. Dans le contrat d'entreprise, suivant l'article 1796 du Code civil, « le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux ou ces matériaux peuvent lui être utiles. » Dans l'affrètement au voyage, l'article R5423-27 Code des transports prévoit qu'« En cas d'arrêt définitif du navire en cours de route dû à un événement qui n'est pas imputable au frêteur, l'affréteur doit le fret de distance. »<sup>106</sup> Selon la régulation relative aux contrats types applicables aux transports public routiers, « En cas d'empêchement définitif dû à la force majeure, le transporteur a droit à la partie du prix du transport correspondant au trajet effectué jusqu'à l'arrêt du transport. »<sup>107</sup> Les décisions de la Cour de Cassation que l'on a précédemment évoquées également prévoient une rémunération proportionnelle au prix stipulé dans le contrat. Ces solutions procèdent d'un esprit commun en termes de fondement de la compensation de l'utilité transmise au créancier malgré l'absence d'exécution : il s'agit d'un fondement contractuel, puisque la valeur de l'utilité est calculée sur la base des stipulations initiales des parties. Afin de s'en convaincre d'une possibilité d'extrapolation de ces solutions à des cas similaires, il faut vérifier si elles sont compatibles avec le régime général d'anéantissement du contrat pour l'impossibilité fortuite de l'exécution, ou si elles constituent des dérogations à ce régime.

Rompant avec une tradition qui rattachait la théorie des risques à la résolution judiciaire<sup>108</sup>, les nouvelles dispositions, issues de l'ordonnance du 10 février 2016, ont érigé l'impossibilité causée par force majeure en une

---

<sup>106</sup> R. ACHARD, n° 16 : « Le fret de distance est calculé selon la formule mathématique :  $F/x = DT/Df$ , dans laquelle : - DT est la distance à parcourir, pour laquelle le fret F a été stipulé, - Df est la distance franchie jusqu'au port de reste. »

<sup>107</sup> V. *supra* note 101.

<sup>108</sup> En l'absence de disposition générale consacrée à la question, la doctrine était partagée sur la question de savoir si l'impossibilité d'exécution fortuite devait entraîner la disparition *ipso iure* du contrat, ou si, en application de l'article 1184 régissant la résolution judiciaire en cas d'inexécution, l'intervention du juge était nécessaire. En faveur de l'anéantissement *ipso iure*, sous l'empire de la loi ancienne, v. par ex. H. MAZEAUD / L. MAZEAUD / J. MAZEAUD / F. CHABAS, n° 1110, p. 1163-1164. Sur cette controverse et les opinions émises, v. O. DESHAYES, n° 58, p. 8 et s.

cause à part d'anéantissement du contrat<sup>109</sup>. Suivant l'article 1218, alinéa 2<sup>nd</sup> du Code civil, lorsque « l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 » et selon l'article 1351, « L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure. » Ainsi, l'on constate que si le débiteur est libéré par l'effet de la force majeure, la libération corrélative du créancier en application de la règle *res perit debitori* et la résolution consécutive du contrat<sup>110</sup> doivent désormais intervenir de plein droit, sans qu'une décision judiciaire ne soit requise<sup>111</sup>. Cette régulation spécifique relative à la théorie des risques est cependant muette sur les conséquences de la disparition *ipso iure* du contrat. Les conséquences de la disparition du contrat sont régies par les dispositions consacrées à la résolution pour inexécution imputable au débiteur. Suivant l'article 1229, al. 4, « Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. ». L'on voit que le nouvel article a pour objectif de codifier la distinction déjà établie entre l'anéantissement rétroactif et l'anéantissement non rétroactif du contrat, et pour ce faire, opte pour le critère suivant : la restitution n'est pas due « lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat ».

---

<sup>109</sup> Notons également que les nouveaux textes ont abandonné le principe de la résolution judiciaire même en cas d'inexécution fautive, v. D. HOUTCIEFF, n° 993, p. 633 et s. ; Bertrand FAGES, « La résolution judiciaire », *Lamy Droit du Contrat*, sous la direction scientifique de B. FAGES, collection Lamy droit civil, dirigé par J. MESTRE, Wolters Kluwer, Paris, 2017, n° 2273, p. 1068.

<sup>110</sup> Il faut noter qu'en principe, la résolution *ipso iure* ne sera le cas qu'en cas d'empêchement total et définitif. En cas d'empêchement temporaire, la résolution de plein droit est possible lorsque le retard doit être tel que la résolution soit justifiée. Sur l'effet de l'impossibilité temporaire, v. O. DESHAYES, n° 43, p. 6 ; P.-H. ANTONMATTEI, n° 290, p. 207 et s. ; sur l'empêchement partiel, v. O. DESHAYES, n° 116, p. 14 et s.

<sup>111</sup> C. LARROUMET/ S. BROS, n° 735, p. 853 ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 760, p. 821 ; P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK, n° 898, p. 517-518. Soutenant, néanmoins, que la solution n'est pas nette, O. DESHAYES, n° 78, p. 10 ; pour les difficultés créées par le nouveau régime, v. O. DESHAYES /T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 539.

La survenance d'une impossibilité fortuite fait échec à la reconnaissance de l'exécution de l'obligation –à exécution instantané- au sens strictement juridique du terme. Néanmoins, à supposer qu'il soit applicable l'anéantissement du contrat par le jeu de la théorie des risques, il nous semble que l'article 1229/al. 4 ne fait tout de même pas échec à la rémunération du débiteur sur la base des stipulations contractuelles<sup>112</sup>. En fait, l'objectif de la disposition est de tracer une ligne entre les cas où les effets passés du contrat méritent d'être conservés, et les cas où un retour en arrière s'impose puisque le projet contractuel s'est avéré entièrement défaillant<sup>113</sup>. Lorsqu'un transfert

<sup>112</sup> Dans le sens de l'applicabilité des dispositions sur les restitutions à la résolution fondée sur la force majeure, v. O. DESHAYES, n° 96, p. 11. Pourtant, selon l'auteur, les dispositions relatives à la résolution doivent être appliquées « de manière raisonnée en ne retenant que les règles qui sont compatibles avec le fait que l'inexécution du contrat est licite en présence d'une force majeure. Concrètement, ce sont surtout les règles applicables aux restitutions et à la survie des clauses compatibles avec la résolution qui trouveront à s'appliquer. »

<sup>113</sup> Pour certains auteurs, à la lumière de cette nouvelle disposition, la rétroactivité demeure la solution de principe, v. D. HOUTCIEFF n° 1004 s. 638 et s. ; F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 653, p. 662 et s. Néanmoins, le fait que la disposition ne fait pas référence à la distinction entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive permet de faire valoir que c'est « l'unité d'ensemble du contrat » qui déterminera les effets de la résolution dans le temps (P. MALAURIE/ L. AYNES/ P. STOFFEL-MUNCK, n° 905, p. 521 et s.) et que le point de départ est la distinction entre les contrats « à utilité continue » et les contrats « à utilité globale » (F. TERRE/ P. SIMLER/ Y. LEQUETTE/ F. CHENEDE, n° 105, p. 124-125). L'on voit ainsi que le choix de ce critère –souple et original- pour déterminer le champ de rétroactivité repose sur le désir d'assurer un plus grand respect de l'économie concrète du contrat. Dans cette perspective, il a pu être affirmé que « La rétroactivité n'est pas systématique. Elle opère dans la mesure et uniquement dans la mesure où il est nécessaire de rétablir un juste équilibre. Pour déterminer cette étendue, l'article 1229 abandonne la distinction entre les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée. Il faut dire que tant la jurisprudence que la doctrine avaient montré à quel point cette opposition est délicate à mettre en œuvre et surtout inadaptée à la détermination des effets de la résolution. En lieu et place de cette distinction, le texte oppose les contrats dont l'utilité est continue et ceux dont l'utilité est globale [...]. » (O. DESHAYES /T. GENICON/ Y.-M. LAITHIER, p. 586-587). V. aussi, les explications de Larroumet et Bros qui soutiennent que « Bien entendu, ces dispositions peuvent correspondre à la distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive, mais pas uniquement dans la mesure où il est possible qu'un contrat à exécution instantanée ait eu une utilité jusqu'à un certain moment et que celle-ci ait disparu du fait de l'inexécution par une partie, par exemple dans un contrat de fourniture ou d'approvisionnement de marchandises dont les livraisons n'interviennent pas toutes au même moment, ce dont il ne résulte pas que le contrat est à exécution successive, mais à exécution échelonnée, ce qui n'est pas du tout la même chose puisque la durée n'est pas inhérente à l'exécution des obligations » (C. LARROUMET/ S. BROS, n° 711, p. 807). Le caractère fonctionnel de la distinction entre la rétroactivité et la non rétroactivité de la dissolution du contrat ressort aussi, à notre sens, de l'article suivant (art. 1230) qui dispose que « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles

d'utilité en cours d'exécution a eu lieu, ce transfert mérite d'être retenu en vie et d'être compensé par l'exécution réciproque et proportionnel de la contreprestation. Il nous semble, en conséquence, que les règles générales relatives à l'anéantissement du contrat ne contredisent pas la possibilité de généraliser la solution qui est déjà prévu pour certains contrats par des textes épars, sur le fondement de la justice commutative régissant tout contrat synallagmatique<sup>114</sup>.

En tout état de cause, en l'absence de régime spécifique quant aux conséquences de la disparition *ipso iure* du contrat par l'effet de la théorie des risques, on peut également soutenir que la force majeure et l'application consécutive de la règle *res perit debitori* s'affranchissent du caractère rétroactif ou non de la disparition du lien contractuel et édictent leurs propres règles quant au maintien de la relation de réciprocité entre les parties. Dans la mesure où un certain transfert d'utilité qui est susceptible d'être récompensé peut être caractérisé, l'inexécution par force majeure permet de retenir les effets passés du contrat, et d'accorder une rémunération au débiteur suivant les stipulations contractuelles. Cette émancipation du régime de l'inexécution par force majeure de la distinction stricte entre les obligations à exécution successive et les obligations à exécution instantanée est justifiée par l'idée de la répartition d'un risque, qui permet de faire jouer les prévisions contractuelles dans la mesure du possible, afin d'accorder une meilleure protection au débiteur à qui la défaillance n'est pas imputable.

Néanmoins, bien qu'elle se fasse suivant les stipulations contractuelles, le calcul de la rémunération du débiteur ne saurait se passer de la prise en considération de l'utilité réelle de la prestation pour le créancier qui en a

---

destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. » Ainsi, bien que l'article 1229 soit applicable à la théorie des risques, la souplesse du nouveau critère pour déterminer le caractère rétroactif ou non de l'anéantissement du contrat pourrait permettre de reconnaître le transfert d'utilité et de retenir une rémunération proportionnelle pour le débiteur empêché d'exécuter par un événement fortuit.

<sup>114</sup> De ce fait, la conclusion de F. Garron relativement au régime de la caducité retenu par le juges nous semble être également adéquate pour la disparition du contrat pour cause d'impossibilité fortuite de l'exécution totale: « les restitutions ne sont pas pratiquées de manière systématique, à la suite d'une caducité, puisque la survenance de celle-ci n'implique pas une obligation générale de tout remettre en l'état, c'est-à-dire de tout restituer. Elles ne sont décidées par la jurisprudence que dans la mesure où les circonstances de l'espèce révèlent que des versements ou des prestations, occasionnellement réalisés par une partie sont devenus sans cause ou n'ont plus de contrepartie, à la suite de l'extinction du contrat », Frédéric GARRON, *La caducité du contrat : étude du droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, n° 241.

bénéficiaire. Cette exigence a été expressément posée par l'article 1796, qui prévoit une obligation de payer le prix pour le maître de l'ouvrage « lors seulement que ces travaux et ces matériaux peuvent lui être utiles », et nécessite d'être étendue à d'autres hypothèses de l'impossibilité fortuite. Nous avons déjà discuté de ce qu'il faut comprendre par l'utilité de la prestation; il peut s'agir, d'une part, de la possibilité d'un usage autonome de la prestation telle qu'elle a pu être réalisée, et d'autre part, de la possibilité pour le créancier de trouver un débiteur pour achever l'exécution à un moindre coût que ce qui serait le cas s'il n'avait pas profité des efforts du premier débiteur. Une fois qu'une telle utilité a été constatée, la rémunération de cette utilité doit se faire en proportion de la valeur correspondant à la fraction exécutée par le débiteur par rapport au prix de l'exécution totale. Il se peut cependant que la nécessité de trouver un substitut engendre des frais supplémentaires pour le créancier. Prenons l'exemple d'un transport qui n'a été que partiellement accompli: le créancier de la prestation devra aller prendre livraison des marchandises à l'endroit où les marchandises ont été déposées, ce qui implique des frais de transport qui s'ajoutent à celui qu'il va déboursier pour achever le transport convenu. Bien que la circonstance de force majeure qui a interrompu le transport impose une protection du débiteur, à travers sa rémunération à concurrence du travail qu'il a fourni, on ne saurait passer outre aux dépenses supplémentaires que cette circonstance engendre pour le créancier. Une solution équilibrée devrait ainsi passer par la soustraction des frais supplémentaires dépensés par le créancier pour évacuer les effets de la force majeure, du prix que celui-ci devrait verser à son débiteur proportionnellement à la fraction de la prestation dont il a profité. Les conclusions de Rodière sur l'exemple du contrat de transport sont à cet égard éclairantes: « Si le déplacement opéré présente quelque intérêt pour le destinataire (ou l'expéditeur), il y aura lieu au paiement d'une partie du prix du transport. La quotité en sera appréciée, compte tenu d'une part du prix qui avait été prévu pour l'ensemble du déplacement, d'autre part de l'intérêt que la partie du transport réalisée présente pour le cocontractant du voiturier. La mesure de cet intérêt variera. Il dépendra parfois du kilométrage parcouru par rapport à la distance totale qu'il fallait couvrir. Mais il n'en sera pas toujours ainsi, et l'on devra tenir compte du coût réel de l'opération complémentaire de transport que le destinataire (ou l'expéditeur) devra conclure avec un autre voiturier pour amener les marchandises à destination, ou encore, s'il a fallu vendre les marchandises sur place, de la perte que le destinataire a pu en souffrir. Non que ce préjudice soit pris en considération, comme on le fera en cas de faute du voiturier, afin d'apprécier, les dommages-intérêts qu'il devrait alors, mais parce que ce préjudice permet d'apprécier l'intérêt que le destinataire aura

finalement trouvé au transport interrompu »<sup>115</sup>. Bien que cette approche limite le montant du paiement dû au débiteur, elle continue de faire reposer ce paiement sur un fondement contractuel, puisque la valeur de la prestation sera appréciée proportionnellement à la valeur stipulée dans le contrat, ce qui permettra au débiteur de garder une certaine proportion du bénéfice qu'il avait escompté. Les dépenses supplémentaires que le créancier a dû faire seront soustraits de ce montant déterminé proportionnellement au prix. La prise en considération de l'utilité réellement tirée par le créancier constitue ainsi, non pas la base du calcul, mais la limite du calcul qui sera fondé sur la valeur contractuellement stipulée, une limite qui se comprend, puisque la répartition équitable du risque contractuel nécessite de trouver le juste milieu entre les intérêts respectifs des parties.

### CONCLUSION

Dans un contrat synallagmatique, la survenance d'un empêchement fortuit, entraînant l'extinction de l'obligation caractéristique, fait surgir la question de savoir quel sera le sort de la contreprestation. Le droit français aborde ce problème à travers la notion de la « théorie des risques ». Si l'obligation corrélatrice s'éteint, on admet que le risque est sur les épaules du débiteur, puisqu'il perd le droit à la contreprestation alors même que l'empêchement à l'exécution ne lui est pas imputable. Si l'obligation corrélatrice est maintenue, on dit que le risque est sur les épaules du créancier, puisque, bien qu'il ne peut plus rien réclamer, il doit exécuter sa propre prestation devenue contrepartie. La solution de principe imposée par le respect de la réciprocité des obligations est la solution dictée par l'adage *res perit debitori* : la perte est pour le débiteur, autrement dit, la libération du débiteur entraîne la libération respective du créancier.

Néanmoins, le principe doit être manié avec précaution. En effet, il y a des cas où le débiteur ne peut effectivement pas exécuter son obligation en raison d'un empêchement fortuit, mais les actes destinés à l'exécution fournissent néanmoins un certain bénéfice au créancier. Ce détachement entre l'exécution juridique et le transfert d'utilité au créancier se rencontre dans certains contrats à exécution instantanée, dans lesquels le débiteur fait des actes d'exécution de façon étendue dans le temps, mais l'intérêt du créancier à l'exécution est satisfait à travers un acte final de la part du débiteur. Dans ces hypothèses, si les actes d'exécution sont interrompus précocement, la notion de contrat à exécution instantanée nous commande de ne pas accepter l'existence d'exécution au sens juridique, ce qui aurait pour conséquence la

---

<sup>115</sup> René RODIERE, note sous Cass. com., 20 janvier 1953 ; *JCP* 1953, II, 7697.

libération corrélative du créancier en application de la règle *res perit debitori*. Une telle solution ne serait pourtant pas compatible avec le but poursuivi par cette règle. Il s'agit, en effet, d'assurer le respect de la justice commutative régnant dans les contrats synallagmatiques, si bien que, si le créancier obtient un bénéfice de la part de son débiteur, ce transfert de bénéfice nécessite qu'on en paie la contrepartie. Interprétée suivant son esprit, la règle *res perit debitori* ne devrait donc pas toujours entraîner la libération totale du créancier de l'obligation dont l'exécution est devenue impossible, elle devrait conduire au maintien de l'obligation du créancier à la hauteur du transfert de bénéfice.

Ni le législateur, ni la jurisprudence ne sont étrangers à cette idée, alors qu'elle ne soit écrite nulle part comme une règle générale. On la trouve dans quelques textes épars pour certains contrats spéciaux et dans quelques arrêts de jurisprudence. Toutes ces données nous fournissent néanmoins une ligne consistante, et sont susceptibles de nous guider dans l'élaboration d'une règle générale dans le cadre de l'application de la règle *res perit debitori*. L'essence de ces solutions éparses réside dans le fait que, si l'objet de la prestation est perdu, le débiteur ne saurait réclamer la contrepartie, tandis que dans le cas contraire, il peut réclamer une contrepartie à la hauteur du transfert d'utilité qu'il a fourni. Les textes relatifs au contrat d'entreprise, aux différents contrats de transports et au contrat d'affrètement au voyage nous fournissent les exemples de cette différence de régime suivant que l'impossibilité d'exécution est accompagné par un transfert de bénéfice ou non. La jurisprudence de la Cour de cassation nous fournit également des exemples, peu abondants mais consistants, qui indiquent la même direction. En plus, dans tous ces exemples, il s'agit de la compensation des efforts du débiteur sur un fondement contractuel, ce qui permet au débiteur de conserver la marge contractuelle de profit à la hauteur du transfert d'utilité, et ce qui montre que cette solution repose sur la logique propre du principe de réciprocité régissant le contrat synallagmatique. Intérêt de prendre conscience de ces solutions éparses est précisément d'en tirer un principe général, dicté par le principe de réciprocité et susceptible de combler les lacunes lorsqu'aucune solution spécifique n'est prévue : là où l'adage *res perit debitori* est applicable, l'extinction de l'obligation du créancier présuppose la vérification de l'existence ou non d'un transfert d'utilité effectué par les actes du débiteur et la compensation d'un tel transfert sur la base des stipulations contractuelles<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Dans le sens de la généralisation de la solution basée sur la distinction suivant la nature de l'impossibilité de l'exécution dans le cadre de transport des voyageurs ou de contrat de dépôt, pour lesquels la loi ne prévoit pas de solution spécifique, v. O. DESHAYES, n° 109 p. 13 ; n° 113 s. 14.

**LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS**

al.	Alinéa
art.	article
bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Cass. :	Cour de cassation
civ.:	chambre civile
CO:	Code des obligations suisse
com.:	chambre commerciale
<i>Contra</i>	en sens contraire
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	dactylographié
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DMF	Revue de droit maritime français
éd.:	maison d'édition/éditeur
ex.	Exemple
JCP	La semaine juridique-édition générale
L.	loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
obs.	observations
p.	Page
PUAM	Les presses universitaires d'Aix-Marseille
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivants
spec.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	Tome
v.	Voir
Vol.	Volume

**BIBLIOGRAPHIE**

- ACHARD Raymond, Fascicule 1220, 1998, *JurisClasseur Transport*, Vol. 5, LexisNexis, Paris 2017.
- ACHARD Raymond/DELEBECQUE Philippe (actualisé par), Fascicule 1215, 2015, *JurisClasseur Transport*, Vol. 5, LexisNexis, Paris 2017.
- ANTONMATTEI Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 220, Paris, 1992
- AUBRY Charles/RAU Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. V, par G. RAU, Ch. FALCIMAIGNE, M. GAULT, Marchal et Billard éd., Paris, 1907
- BENABENT Alain, *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd. LGDJ, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, 2018 (« *Droit des obligations* »)
- BENABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12<sup>e</sup> éd, LGDJ, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, 2017 (« *Droit des contrats spéciaux* »)
- BENABENT, Alain, obs. sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>ème, 22 janvier 1997, bull. III, n<sup>o</sup> 24, *Defrénois* 1997, p. 1079,
- BERTRAND Florence, « Les risques dans le contrat d'entreprise », *RDI*, 1981, p. 174-189
- BEUDANT Charles, *Cours de droit civil français*, t. XII, 2<sup>e</sup> éd., avec la collaboration de René RODIERE et André PERCEROU, publié par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Rousseau, Paris 1947.
- BEURIER Jean-Pierre, *Droits maritimes*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz Action, Paris, 2008.
- BONASSIES Pierre/SCAPEL Christian, *Traité de droit maritime*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016.
- BOUBLI Bernard, « Les modifications apportées au marché par le maître de l'ouvrage », *RDI*, 2002 p. 482-492.
- BRAULT Jean Claude, « Le notariat et les contrats à exécution successive », *Defrénois*, 15 Janvier 1993, n<sup>o</sup> 1, p. 3-17.
- BRIERE DE L'ISLE Georges, « De la notion de contrat successif », *D.* 1957, p. 153-156.
- CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, Paris, 1927
- CASSIN René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914
- CASTON Albert/MALANDIN, Ghislaine, *La responsabilité des constructeurs*, 6<sup>e</sup> éd., Le Moniteur, Analyse Juridique, Paris, 2006.

- CHENEDE François, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz Référence, Paris, 2018
- COLLART DUTILLEUL François/ DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, Paris, 2019.
- DESHAYES Olivier, « Théorie des risques », *Répertoire de droit civil Dalloz*, Juillet 2017
- DESHAYES Olivier/GENICON Thomas/LAITHIER Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, Paris 2018
- DROSS William, *Droit des biens*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Précis Domat, Issy-les-Moulineaux, 2017
- DU PONTAVICE Emmanuel/CORDIER Patricia, *Transport et affrètements maritimes*, 2<sup>nd</sup> éd. Delmas, Paris, 1990
- DU PONTAVICE Emmanuel, « Observations sur la distinction entre contrat d'affrètement et contrat de transport de marchandise par mer », *Annuaire du droit maritime et aéro-spatial*, tome IX, 1987, p. 11 et s.
- FAGES Bertrand, « La résolution judiciaire », *Lamy Droit du Contrat*, sous la direction scientifique de B. FAGES, collection Lamy droit civil, dirigé par J. MESTRE, Wolters Kluwer, Paris, 2017, p. 1068-1074
- FARNOCCHIA Serge, *L'excuse contractuelle. Etude de l'inexécution fortuite du contrat*, thèse dactyl. Aix-en-Provence, 1994.
- GARRON Frédéric, *La caducité du contrat : étude du droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000.
- GAUTIER Paul-Yves, « La face cachée de la théorie des risques : mesure de la restauration de la chose perdue par le débiteur », obs. sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 Octobre 1992, *RTD civ.*, 1993, p. 602.
- GAUDEMET Eugène, *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS, J. GAUDEMET, Recueil Sirey, Paris, 1937.
- GHESTIN Jacques/ JAMIN Christophe/ BILLIAU Marc, *Traité de droit civil- Les obligations : les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, Paris, 2001.
- GHESTIN Jacques, « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges offertes à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris 1985, p. 203.
- HEBRAUD Pierre, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. II, PUAM, Aix-En-Provence, 1979, p. 1.

- HEINICH Julia, « La clause de force majeure », in : *Lamy Droit du Contrat*, sous la direction scientifique de B. FAGES, collection Lamy droit civil, dirigé par J. MESTRE, Wolters Kluwer, Paris 2017, p. 1366.
- HESSE Philippe-Jean/BEURIER Jean-Pierre/CHAUMETTE Patrick/MESNARD André-Hubert/ REZENTHEL Robert, *Droits maritimes*, t. I, Mer, navire et marins, Juris Service, Lyon, 1995.
- HOUTCIEFF Dimitri, *Droit des contrats*, 4<sup>e</sup> éd., Bruylant, Collection Paradigme, Belgique, 2018
- HUET Jérôme/DECOCQ George/GRIMALDI Cyril/LECUYER Hervé, avec la collaboration de MOREL-MAROGGEL Juliette, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous la direction de J. GHESTIN, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, Paris, 2012.
- LABARTHE Françoise/ NOBLOT Cyril, *Traité des contrats, Le contrat d'entreprise*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso, Paris, 2008.
- LARROUMET Christian/ BROS Sarah, *Traité de droit civil, Tome III, Les obligations-Le contrat*, 8<sup>e</sup> éd., Economica, Paris, 2016
- MALAURIE Philippe/AYNES Laurent/STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, «Droit civil », Issy-les-Moulineaux, 2018.
- MALAURIE Philippe/ AYNES Laurent/GAUTIER Paul-Yves, *Les contrats spéciaux*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2017
- MARTIN Anne-Cécile, *L'imputation des risques entre contractants*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 508, Paris, 2009.
- MAZEAUD Henri/ MAZEAUD Léon/ MAZEAUD Jean/ CHABAS François, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 1998.
- MEKKI Mustapha, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie) », *RDC*, 2006, p. 1051.
- MOUSSERON Jean -Marc, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.*, 1988, p. 481.
- MONTAS Arnaud, *Droit Maritime*, 2<sup>e</sup> éd., Vuibert, Paris, 2015
- MONTAS Arnaud, « Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie », *DMF*, 4/2008, n° 691
- MÜLLER Herman, *Die Gefahrtragung nach schweizerischem Werkvertragsrecht*, Druck der H. A. Gutzwiller Aktiengesellschaft, Zürich, 1926.
- PAULIN Christophe, *Droit des transports*, Litec, Paris, 2005

- PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance : étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, Editions universitaires, Travaux de la faculté de droit de l'Université de Fribourg, Fribourg 1997
- PICQ Marielle, *La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats à exécution successive*, thèse, Grenoble II, 1994.
- PIETTE Gaël, *Droit maritime*, A. Pedone, Paris, 2017.
- PLANIOL Marcel/ RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français, t. 11, Contrats civils, 2e partie*, 2<sup>e</sup> éd. par A. ROUAST, R. SAVATIER, J. LEPARGNEUX, A. BESSON, LGDJ, 1956.
- QUINTARD-MORENAS François, « Contrat d'entreprise et la résolution rétroactive », *LPA*, 15 mai 2000, n° 96, p. 4.
- RADE Christophe, « Pour une approche renouvelée de la théorie des risques », *LPA*, 7 juillet 1995, n° 81, p. 26.
- Rapport annuel de la Cour de cassation 2011, « Le risque », p. 136, [https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport\\_CourCassation\\_2011.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_CourCassation_2011.pdf), consulté le 7 aout 2019.
- ROCHFELD Judith, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.
- RODIERE René, note sous Cass. com., 20 janvier 1953 ; *JCP* 1953, II, 7697.
- RODIERE René/DU PONTAVICE Emmanuel, *Droit maritime*, 12<sup>e</sup> ed., Dalloz, Paris, 1996.
- RODIERE René, *Traité général de droit maritime, Affrètements & Transports, Tome I, Introduction-Les contrats d'affrètement*, Dalloz, Paris, 1967
- RODIERE René, *Traité général de droit maritime, Affrètements & Transports, Tome II, Les contrats de transport de marchandises*, Dalloz, Paris, 1967
- RODIERE René, « Considérations sur les affrètements et les transports en droit comparé », *DMF*, 1979, n° 561, p. 387.
- RODIERE René, note sous Cass. com., 20 janvier 1953 ; *JCP* 1953, II, 7697.
- ROLAND Henri/BOYER Laurent, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1999
- SERIAUX Alain, « La notion de contrat synallagmatique », in *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à Jacques Ghéstin*, LGDJ, Issy-les Moulineaux, 2015, p. 777.
- SERIAUX Alain, « Res perit domino », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur de Yves Serra*, Dalloz, Paris, 2006, p 387.

- SERIAUX Alain, *Manuel de droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Manuels-Droit Fondamental, Paris, 2018 (« *Manuel de droit des obligations* »)
- STARCK Boris/ROLAND Henri/ BOYER Laurent, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Litec, Paris, 1998.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, « Les répliques contractuelles », *RDC*, 1 janvier 2010, n° 1, p. 430.
- STOFFEL-MUNCK Philippe, note sous Cass. soc., 12 février 2003, bull. V, n° 50, *RDC* 2003, p. 59, 2<sup>e</sup>ème espèce,
- TERRE François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves/CHENEDE, François, *Droit civil, Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, Précis, Paris, 2019.
- THEVENOZ Luc/ WERRO Franz, *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, 2<sup>e</sup> éd. Bâle, 2012
- VOIDEY Nadège, *Le risque en droit civil*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005
- VULLIETY Jean-Paul, *Le transfert des risques dans la vente internationale : comparaison entre le code suisse des obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1998.
- WERNER Lorenz, « Einige rechtsvergleichende Beobachtungen zur Gefahrtragung im Werkvertragsrecht », in *Konflikt und Ordnung : Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, ed. A. HELDRICH, C. H. Beck, München, 1978, p. 579.
- WERY Patrick, « Les adages « Res perit debitori », « Res perit creditori » et « Res perit domino » », in *Le droit romain d'hier à aujourd'hui : collationes et oblationes : liber amicorum en l'honneur du professeur Gilbert Hanard*, sous la direction de A. RUELLE et M. BERLINGIN, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2009, p. 287 et s.