

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Faut-il évincer la garantie du fait personnel des droits et obligations spéciaux ?

Anne-Catherine Richter

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Faut-il évincer la garantie du fait personnel des droits et obligations spéciaux ?

in H. Kassoul et D. Gantschnig (dir.), *L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, coll. Thème et commentaires, 2021, pp. 49 et s.

L'offre de réforme du droit des contrats spéciaux proposée par l'Association Henri Capitant prévoit, dans l'article 8 d'un titre IV ter consacré aux « *droits et obligations spéciaux* », de donner pour objet à la garantie d'éviction les seuls « *troubles de droit du fait des tiers* », et ce, aux termes de l'article 1er du même chapitre, pour les cessions ou constitutions d'un droit réel à titre onéreux. Il est de droit positif que l'éviction du fait des tiers ne couvre que les troubles de droit. En revanche l'éviction des troubles du fait personnel représenterait une modification profonde du droit existant, la garantie d'éviction ayant en droit positif deux objets : l'éviction du fait des tiers et l'éviction du fait personnel. Les rédacteurs de l'offre donnent pour justification au changement proposé une différence de logique entre les deux institutions, « *les troubles personnels releva[nt] de la responsabilité, non des risques (du ressort des garanties)* ».

La proposition a le mérite d'attirer l'attention sur la pertinence du maintien de la spécificité de la garantie d'éviction dans le droit actuel. Institution de droit romain, bien que l'appellation soit d'origine germanique¹, la garantie d'éviction a en effet été conservée jusqu'en droit positif, alors que ce droit diffère largement du droit romain². Mais cette conservation n'a pas été, en doctrine, sans ses critiques, ni ses tentatives de refonte dans le droit commun. L'idée en particulier de rattacher la garantie d'éviction à la responsabilité – responsabilité nécessairement contractuelle même si le commentaire dans le projet ne le précise pas – n'est pas neuve³. De manière générale de nombreuses tentatives de remise en ordre des notions de garantie et de responsabilité – notions déjà complexes par elles-mêmes, donnant lieu à de multiples conceptions –, de leurs liens comme de leurs différences, ont été menées⁴. Il est vrai qu'il s'agit de deux notions proches en ce qu'elles viennent sanctionner toutes deux, en matière de droit des contrats, l'inexécution ou la remise en cause de l'exécution d'un contrat. La garantie est ainsi traditionnellement définie comme « *l'obligation contractée par quelqu'un de défendre une autre personne d'un dommage qui pourrait l'atteindre, ou de réparer ce dommage s'il n'a pu l'empêcher* »⁵, et la garantie d'éviction comme l'obligation de défendre le cocontractant de l'éviction qu'il pourrait subir eu égard au bien objet du contrat, ou de réparer le dommage résultant de cette éviction s'il n'a pu l'empêcher. Tandis que la responsabilité civile est définie comme l'obligation de réparer un dommage, et la responsabilité contractuelle comme l'obligation de réparer le dommage

¹V. Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2e éd., 2010, spéc. n°493.

²Notamment en ce qu'en droit romain la garantie d'éviction était due parce que la vente ne transférait pas la propriété mais seulement la possession du bien qui constituait son objet.

³V. *infra*.

⁴V. B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, th. préf. D. Tallon, LGDJ, 1964, spéc. n°82 et s.

⁵A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVI, Alex Gobelet, 1833, spéc. n°247.

résultant de l'inexécution d'un contrat.

Il n'est pas certain cependant que le terme de responsabilité soit entendu par les rédacteurs de l'offre de façon uniquement technique, et ne constitue pas en réalité également une synecdoque, visant l'ensemble des mesures sanctionnant l'inexécution contractuelle, énumérées désormais à l'article 1217 du Code civil. Une telle interprétation semble même être la seule à faire sens sur le plan pratique, car la sanction de l'éviction du fait personnel par la responsabilité *stricto sensu* – c'est-à-dire en tant que mécanisme qui compense les conséquences préjudiciables d'un dommage par des dommages et intérêts – est déjà prévue à l'article 1639 du Code civil. Et surtout on ne voit pas ce qui justifierait que les autres sanctions de l'inexécution contractuelle soient écartées, ou du moins qu'elles puissent être écartées sans justification explicite de la part des rédacteurs. La différence de logique invoquée entre le fait personnel relevant de la « responsabilité » et le fait du tiers relevant des « risques » et donc de la garantie implique au contraire de considérer le fait personnel comme une inexécution contractuelle, susceptible en tant que telle d'être sanctionnée par l'ensemble des mesures de droit commun.

La modification proposée par l'offre de réforme constitue donc une nouvelle occasion d'interroger les liens de la garantie avec la responsabilité, et plus largement avec le droit commun de l'inexécution contractuelle. Théoriquement le changement proposé repose sur une analyse de la garantie d'éviction du fait personnel en termes de responsabilité dont il convient donc d'étudier la pertinence (I), mais pratiquement c'est une comparaison entre le régime de la garantie d'éviction et celui de l'inexécution contractuelle qui permettra d'évaluer l'intérêt de la modification proposée (II).

I. L'éviction de la garantie du fait personnel des droits et obligations spéciaux : la théorie.

De prime abord la justification proposée, l'analyse de la garantie d'éviction du fait personnel en termes de responsabilité, paraît séduisante en ce qu'elle rétablirait une cohérence que d'aucuns considéraient comme mise à mal (A). Cette conception première repose cependant sur des conceptions de la responsabilité contractuelle et de la garantie qui peuvent être discutées, et rendent la cohérence retrouvée relative (B).

A. La séduction apparente d'une cohérence retrouvée.

L'éviction projetée par l'offre de réforme de l'Association Henri Capitant est appelée de ses vœux par une partie de la doctrine⁶. Il est souligné depuis longtemps que le droit commun – dont la

⁶V. not. Y. Larivière, *Essai sur la théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit (de la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité)*, th., dactyl., Paris, 1944, spéc. n°61 ; C. Hochard, *La garantie d'éviction dans la vente*, th., préf. J. Ghestin, LGDJ, 1993, spéc. n°316 et s. ; D. Mazeaud, R. Boffa, et N. Blanc (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, v° Garantie d'éviction : « la garantie du fait personnel n'est rien d'autre que l'inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance [...] Ce n'est pas vraiment une question de garantie ». V. également plus largement, B. Gross, *op. cit.*, spéc. n°94 : « on peut regretter que le droit français ne se soit pas contenté du droit de la responsabilité

responsabilité de droit commun – suffit à sanctionner les agissements du vendeur⁷. Que l'éviction puisse être analysée en termes d'inexécution contractuelle pouvant donner lieu à responsabilité est une évidence, et l'analyse a du reste déjà été menée en doctrine⁸. Dès lors que l'éviction est le fait du vendeur, elle constitue une inexécution de son engagement – l'identification plus précise de l'inexécution donnant cependant lieu à de nombreuses propositions en doctrine, parfois au sein d'un même texte chez un même auteur : transfert de propriété⁹, obligation de donner¹⁰, obligation de délivrance¹¹, obligation de procurer une possession et une jouissance paisible¹², bonne foi¹³, cohérence¹⁴... –, qui en tant que telle est susceptible d'engager sa responsabilité, dès lors que sont également présentes, par hypothèse, les deux autres conditions de la responsabilité contractuelle que sont un dommage (l'éviction), et un lien de causalité entre ce dommage et le fait du vendeur (par hypothèse l'éviction est due au fait du vendeur). Chez les anciens d'ailleurs le vocabulaire trahit parfois une vision de la garantie en termes de responsabilité¹⁵. De même certains arrêts ont pu viser

pour expliquer l'obligation de garantie » (l'auteur se fait l'écho d'une conception de la doctrine, et explique ultérieurement que ce regret tient à une conception trop étroite de la garantie qu'il s'applique à modifier). Rapp. : Ph. Chauviré, *op. cit.*

⁷V. not. C. Beudant et J. Brethe de la Gressaye, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, le louage des choses*, Rousseau et Cie, 2e éd., 1938, spéc. n°186 ; H. Boucard, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, th., préf. Ph. Rémy, LGDJ, 2005, spéc. notes 799 et 800 et les références citées ; V. Forti, « Le fondement de l'obligation de non-concurrence dans les contrats relatifs à une clientèle : pour le remplacement de la garantie d'éviction par le droit commun des contrats », RDC 2016, n°3, pp. 556 et s., et les références citées n°4.

⁸V. par ex. Y. Larivière, *Essai sur la théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit (de la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité)*, th. dactyl., Paris, 1944 ; B. Gross, *op. cit.*, spéc. n°s 91 s. et n°237 et s. ; C. Hochart, *op. cit.*, spéc. n°313 et s. (pour l'auteur la garantie d'éviction est une branche de la responsabilité contractuelle) ; Ph. Chauviré, « Faut-il supprimer la garantie contre l'éviction du fait personnel ? », RDC 2016, n°3, pp. 549 et s.

⁹V. par ex. A. Colin et H. Capitant *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7e éd., Dalloz, 1932, spéc. n°558 ; Y. Larivière, *op. cit.* ; H. Boucard, *L'agrégation de la livraison. Essai de théorie générale*, th., préf. Ph. Rémy, LGDJ, 2005 spéc. n°314 et s. ; Ph. Chauviré, *ibid.* (l'auteur n'envisage que le contrat de vente).

¹⁰V. par ex. Troplong, *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*, Tome 1, C. Hingray, 1837, spéc. n°414 ; P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 8e éd., 2019, spéc. n°425 ; Ph. Chauviré, *ibid.*

¹¹V. par ex. B. Gross, *op. cit.*, spéc. 83 et s., et les références citées ; C. Hochart, *op. cit.*, spéc. n°324 et s. ; R. Le Guidec et G. Chabot, *J.-Cl. Civil Code*, Fasc. unique : Obligations du vendeur. – Garantie en cas d'éviction : étendue, conditions et exercice, actu. 18 déc. 2019, spéc. n°2, et les références citées ; Ph. Chauviré, *ibid.* ; H. Boucard, « Repenser la garantie d'éviction et des charges ? Du passé ne faisons pas table rase », RDC 2016, n°3, pp. 528 et s., spéc. n°13 ; J. Huet, « Plaidoyer pour le maintien de la garantie d'éviction dans le Code civil », RDC 2016, n°3, pp. 564 et s., spéc. n°3.

¹²V. par ex. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel*, t. II, *Principes généraux : théorie générale des personnes, les biens, filiation, incapables*, F. Pichon, 2e éd., 1902, spéc. n°1475 ; C. Hochart, *op. cit.*, spéc. n°320 ; H. Boucard, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, *eod. loc.*

¹³V. par ex. Domat, *Lois civiles*, I, I, II, X, VIII ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, LGDJ, 2e éd., 1956, t. X, par J. Hamel, spéc. n°89 ; Ph. Le tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/2022*, Dalloz, 2020, spéc. n°3363.231 ; H. Boucard, « Repenser la garantie d'éviction. Et des charges ? Du passé ne faisons pas table rase », préc., spéc. n°31 ; V. Forti, *op. cit.*, spéc. n°3 ; N. Thomassin, « Garantie du fait personnel et usucapion du vendeur - l'équilibre à reconstruire », RDC 2016, n°3, pp. 567 et s. ; P.-Y. Gautier « "Qui doit garantie ne peut évincer" ? Pas forcément », note sous Cass. com. 31 janv. 2006, RTD civ. 2006, p. 339. Comp. cependant : Cass. com. 22 nov. 2016, n°15-18.664 : « attendu que les agissements reprochés aux [cédants de droits sociaux] relevaient de la garantie légale d'éviction, prévue par l'article 1626 du code civil ; que la société [cessionnaire] n'a pas invoqué ce texte au soutien de ses demandes, ni prétendu que le contrat, qui avait pour objet la cession des titres, assortie d'une clause d'accompagnement de deux ans, n'avait pas été entièrement exécuté ; que ces demandes, fondées exclusivement sur la bonne foi contractuelle, ne pouvaient donc être accueillies ».

¹⁴V. par ex. D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th., préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2001, spéc. n°342 et s. ; H. Boucard, *ibid.*

¹⁵V. par ex. Troplong, *op. cit.*, spéc. n°451, p. 548 : « ce n'est pas seulement le cas d'éviction qui donne lieu à garantie ; la responsabilité du vendeur est encore engagée lorsqu'il y a simple trouble dans la personne de l'acheteur ».

concomitamment les règles de la responsabilité contractuelle et celles de la garantie¹⁶. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹⁷ a adopté cette position, et les Principes européens du droit des contrats en matière de vente prévoient de le faire¹⁸, renforçant l'idée que la garantie d'éviction serait en droit français un anachronisme, hérité de la conception romaine de la vente¹⁹.

Au soutien de cette analyse on relèvera encore que la garantie n'interdit pas à son débiteur tout acte de nature à nuire à la possession paisible de la chose par son créancier, mais seulement ceux qui contredisent les termes du contrat. Ainsi le vendeur peut continuer d'exercer son droit de propriété sur une chose distincte de celle qui a fait l'objet de la vente, même si ce droit porte atteinte à la jouissance paisible de l'acquéreur. Par exemple celui qui a vendu une maison, et est resté propriétaire d'un terrain voisin, peut édifier sur ce terrain une construction masquant la vue dont bénéficiait la maison, dès lors que l'acte de vente ne comportait pas de servitude de vue, ni de servitude *non ædificandi*²⁰. Ce lien avec les termes du contrat est particulièrement net en matière de cession de droits sociaux. Il est en effet régulièrement jugé que la garantie d'éviction du fait personnel dans ce contrat interdit seulement les actions du cédant qui sont « *de nature à empêcher les acquéreurs [des droits sociaux] de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social* »²¹, ou qui sont « *de nature à obtenir, par une voie même indirecte, la récupération de la chose aliénée* »²². De la même manière la garantie d'éviction du fait personnel n'interdit pas la réinstallation du cédant d'un fonds de commerce à proximité de celui-ci, dès lors qu'il ne détourne pas la clientèle du fonds cédé²³, c'est-à-dire ne reprend pas ce qu'il a cédé, la clientèle constituant l'élément essentiel du fonds de commerce. Ainsi la garantie d'éviction est bien au service de l'exécution du contrat et d'elle seule, permettant « *d'assurer, le mieux possible, le transfert de la propriété du bien cédé, [...] effet attendu*

¹⁶V. par ex. Civ. 3^e, 5 févr. 1974, n°72-12.100, Bull. civ. III, n°57 ; 21 mars 2001, n°99-10.913, Bull. civ. III, n° 38 : les arrêts sont rendus au visa de l'ancien article 1147 et de l'article 1638 du Code civil.

¹⁷La Convention de Vienne ne mentionne pas la garantie d'éviction du fait personnel, l'article 41 exige seulement du vendeur qu'il livre un bien exempt de tout droit ou prétention d'un tiers. Mais, ainsi que le souligne la doctrine, le comportement du vendeur est sanctionné par l'exigence de bonne foi (v. E. Lamazerolles, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, th., préf. Ph. Rémy, LGDJ, 2003, spéc. n°232 ; N. Mathey, *J.-Cl. Contrats distribution*, Fasc. 320 : Vente commerciale. – Obligations du vendeur. – Garantie d'éviction, actu. 21 mars 2016, spéc. n°16).

¹⁸Les Principes européens du droit des contrats en matière de vente ne mentionnent qu'une garantie de conformité (art. 2-201 et s.).

¹⁹V. en ce sens not. M. Planiol, *op. cit.*, spéc. n°1476 ; A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, spéc. n°558 ; C. Hochart, *op. cit.*, spéc. n°316 et s. ; N. Mathey, *op. cit.*, spéc. n°2 ; R. Le Guidec et G. Chabot, *op. cit.*, spéc. n°2.

²⁰Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1955, JCP G 1956, II, 9216, note E. Becqué ; RTD civ. 1956, p. 548, obs. J. Carbonnier.

²¹Cass. com. 21 janv. 1997, n°94-15.207, Bull. civ. IV, n°25 ; dans le même sens v. not. CA Paris 28 juin 1999, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 1182 ; Cass. com. 9 juil. 2002, n°99-22.284 ; Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1311 ; 26 nov. 2003, n°00-18.005 ; Dr. sociétés 2004, n°35, note F.-G. Trébulle ; 20 févr. 2007, BRDA 7/07, p. 8 ; Dr. sociétés 2006, comm. 88, obs. H. Lécuyer ; CCC 2007, comm. 123, obs. M. Malaurie-Vignal ; 20 sept. 2017, n°16-10.776 ; Rev. sociétés 2018, p. 178, note J.-F. Barbiéri.

²²CA Paris 8 mars 1994, D. 1994, p. 466, note A. Couret et G.-A. de Sentenac ; RTD com. 1995, p.146, note B. Petit et Y. Reinhard.

²³Cass. req., 29 juill. 1908, DP 1909, 1, p. 281, note Lacour ; Cass. com. 5 juil. 1976, Bull. civ. IV, n°224 ; 16 janv. 2001, n°98-20.923 ; CA Paris 27 févr. 208, n°15/09653.

de la vente »²⁴, ce qui autorise facilement à la rattacher aux règles gouvernant cette inexécution.

Que les agissements du vendeur soient en cause permet également de justifier qu'il soit prévu que seule la garantie du fait personnel, à l'exclusion de la garantie du fait des tiers et de la garantie des vices cachés, soit rattachée à la responsabilité, et derrière elle au droit commun de l'inexécution contractuelle. C'est que la garantie du fait personnel semble obéir à une logique distincte de celle des autres garanties, comme le laisse entendre le commentaire de l'article 8 par les auteurs du projet : les troubles personnels relèvent de la responsabilité quand les autres « garanties » relèvent des risques. Comme l'a montré M. Chauviré²⁵, alors qu'avec la garantie du fait personnel le vendeur est sanctionné pour son fait, la garantie du fait des tiers – tout comme la garantie des vices cachés bien que celle-ci ne fasse pas l'objet principal des réflexions de l'auteur – est le résultat de « *l'attribution légale, [au] détriment [du vendeur], d'un risque indépendant de sa volonté* », et ce « *en raison [...] du caractère synallagmatique de la vente* », parce qu'il « *paraîtrait injuste que le vendeur tire profit d'un contrat, en conservant le prix par-devers lui, pendant que l'acheteur est privé par un tiers du bien qui en constitue la contrepartie* ». Les différences de régime qui peuvent être constatées²⁶ entre la garantie du fait personnel et la garantie du fait des tiers – mais aussi la garantie des vices cachés – s'expliquent ainsi par « *leur nature dissemblable* »²⁷. Ainsi par exemple s'explique que seule la garantie d'éviction du fait personnel, à l'exclusion des autres garanties soit requise dans les contrats à titre onéreux, parce que quand bien même « à cheval donné on ne regarde pas les dents », on ne saurait tolérer que celui qui s'engage par contrat à donner prive de sa force obligatoire le contrat en se réservant le droit de revenir sur son don. De même s'explique qu'il soit exigé que l'ensemble des faits générateurs de garantie trouvent leur origine dans un fait antérieur ou concomitant au contrat, alors que la garantie du fait personnel couvre également le fait postérieur au contrat.

Le rattachement de la garantie du fait personnel à la responsabilité contractuelle et au droit commun de l'inexécution contractuelle permettrait alors de restaurer une cohérence trop longtemps perdue, et dont l'absence a été largement soulignée²⁸. Cette conception n'est pourtant pas unanime en doctrine. Le maintien de la spécificité de la garantie d'éviction du fait personnel par rapport à la responsabilité a ses fervents défenseurs, qu'ils considèrent que la garantie implique « *l'idée de sûreté automatique, par nature étrangère à la responsabilité et à la faute* »²⁹, ou que « *la garantie prévue par le Code*

²⁴J. Huet, « Plaidoyer pour le maintien de la garantie d'éviction dans le Code civil », RDC 2016, n°3, pp. 564 et s., spéc. n°6.

²⁵Ph. Chauviré, « Faut-il supprimer la garantie contre l'éviction du fait personnel ? », RDC 2016, n°3, pp. 549 et s.

²⁶Pour un recensement d'un grand nombre de ces différences v. Ph. Chauviré, *op. cit.*

²⁷Ph. Chauviré, *op. cit.* .

²⁸V. not. B. Starck, dont le propos est repris par B. Gross, *in op. cit.*, spéc. n°93 : « on ne voit pas pour quelles raisons l'éviction et les vices cachés donnent lieu à une action spéciale différente du droit commun. Le système consistant à sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles par deux actions qui reposent sur des notions très éloignées ne correspond à rien. L'incohérence dans ce domaine est totale, et ce qui est plus grave la doctrine ne s'en aperçoit pas » ; B. Gross, *ibid.*, spéc. n°94 ; Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2021/2022*, Dalloz, 2020, spéc. n°3363.221 ; Ph. Chauviré, *op. cit.* Adde les références citées supra, note 19.

²⁹J. Raynard, et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10e éd., 2019, spéc. n°194.

civil n'est pas une forme particulière de responsabilité du vendeur; en ce sens que le mécanisme de la garantie ne sanctionne pas une faute du vendeur »³⁰.

Il est vrai que la cohérence que d'aucuns prétendent restaurer avec le rattachement de la garantie du fait personnel à la responsabilité ne serait sans doute pas absolue

B. La relativité de la cohérence retrouvée.

Le rattachement de la garantie du fait personnel aux règles de la responsabilité repose en réalité sur un double présupposé, de sorte que la cohérence retrouvée apparaît doublement relative, relative à une certaine conception de la responsabilité contractuelle d'une part, et relative à une certaine conception de la garantie d'autre part.

C'est d'abord parce que la responsabilité contractuelle est considérée comme la sanction d'une faute dans l'exécution du contrat que la distinction entre la garantie du fait personnel et la garantie du fait des tiers est proposée. Or, d'abord, à adopter cette conception de la responsabilité contractuelle, la cohérence du seul rattachement de la garantie d'éviction du fait personnel peut être mise en doute. Car il n'est pas certain que les autres garanties ne puissent pas non plus être considérées comme sanctionnant une faute du contractant. Il a d'ailleurs été proposé en doctrine de voir dans l'éviction de l'acquéreur par le fait d'un tiers, tout comme dans la découverte d'un vice caché, le résultat d'une faute du vendeur, permettant d'engager sa responsabilité³¹. L'analyse n'a cependant guère suscité l'adhésion, sans doute en raison d'un attachement à la conception traditionnelle de la faute, conception subjective requérant la possibilité d'imputer la faute à son auteur – en amont de la possibilité de rattacher causalement le dommage à la faute. Dans une telle conception, tant l'éviction par un tiers que la survenance d'un vice caché ne peuvent pas systématiquement, faute de lui être imputables, être considérées comme des fautes du garant – et l'absence de systématisme est suffisante pour écarter l'analyse en termes de faute. Mais cette conception traditionnelle de la faute a été écartée depuis longtemps³², de sorte que la notion actuelle de faute pourrait parfaitement recouvrir les faits générateurs de garantie autres que le fait personnel. Ce détour par la notion de faute n'apparaît du reste même pas nécessaire pour rattacher la garantie d'éviction du fait personnel à la responsabilité,

³⁰D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 12e éd., 2020, spéc. n°174.

³¹V. en ce sens Ph. Chauviré, *op. cit.* Pour une illustration v. par ex. pour la garantie des vices cachés R. von Ihering, « De la culpa "in contrahendo" ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Œuvres choisies*, t. II, trad. O. de Meulenaere, Chevalier-Maresq et Cie, 1893, pp. 1 et s., spéc. p. 33 : « l'ignorance du vendeur peut donc, en tous cas, être excusable ; néanmoins il y a une *culpa* dans le fait de vendre. Celui qui n'est pas complètement sûr de son fait ne doit pas vendre ».

³²D'abord avec la reconnaissance, par la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapacités, de la responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux (art. 414-3 du Code civil), ensuite avec la reconnaissance par la jurisprudence de la responsabilité des *infans* (Cass. ass. 5 mai 1984, 5 arrêts, D. 1984, p. 525, concl. Cabannes, note F. Chabas ; RTD civ. 1984, p. 508, obs. J. Huet ; JCP G. 1984, II, 20255, note N. Dejean de la Bâtie ; JCP G. 1985, II, 20256, note P. Jourdain). Mais la tentation de rejeter la faute du contractant témoigne du fait que cette conception traditionnelle, sans doute parce qu'elle est intuitive, continue d'imprégner l'inconscient juridique.

dans la mesure où le fait générateur de cette responsabilité n'est pas tant la faute que l'inexécution elle-même – quoiqu'il reste évidemment loisible d'analyser cette inexécution, quel que soit son fait générateur, en une faute, mais alors la faute n'est qu'un vêtement supplémentaire³³, conceptuel, dont l'inexécution est recouverte. Or dès lors que l'éviction du fait des tiers aboutit au même résultat que l'éviction du fait personnel, à savoir l'inexécution du contrat, le seul rattachement de la garantie du fait personnel à la responsabilité contractuelle apparaît peu cohérent. L'analyse pourrait même être poussée jusqu'à voir dans la garantie d'éviction du fait des tiers une hypothèse de la controversée responsabilité contractuelle du fait d'autrui, et dans la garantie des vices cachés une hypothèse de la non moins controversée responsabilité contractuelle du fait des choses³⁴.

Se profile alors une autre manière de donner une cohérence à la matière – par où se dévoile encore la relativité de toute cohérence – en distinguant entre les garanties qui interviennent en raison d'une inexécution initiale du contrat, c'est-à-dire celles qui couvrent des phénomènes trouvant leur origine dans un fait antérieur ou concomitant au contrat³⁵, et les garanties qui interviennent en raison de la remise en cause d'une exécution initiale qui a été réalisée. Les premières en ce qu'elles révéleraient une inexécution du contrat pourraient relever de la responsabilité, tandis que les secondes, parce qu'elles interviennent une fois que le contrat a été correctement exécuté, ne pourraient pas être rattachées à la responsabilité. Mais il serait encore possible de contester cette répartition, à partir d'une conception large de l'inexécution, englobant non seulement l'inexécution initiale, mais également la remise en cause ultérieure d'une exécution initiale. Ce serait alors l'ensemble des garanties qui pourraient être rattachées à la responsabilité contractuelle. Elles pourraient même être considérées comme les manifestations d'une exigence plus large de bonne fin du contrat³⁶, sanctionnée par la

³³À la manière dont Carbonnier disait du droit qu'il avait « recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de biens, cette abstraction » (*in Droit civil. Les biens. Les obligations*, vol. 2, PUF, 2004, spéc. n°707).

³⁴Sur la question v. not. : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4e éd. 2013, spéc. n°740 s. (fait des choses), et n°816 et s. (fait d'autrui) ; Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, spéc. n°3121.21 et s. (fait des choses) et n°3121;30 et s. (fait d'autrui) ; E. Becqué, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle », *RTD civ.* 1914, p. 251 ; R. Rodière, « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *D.* 1952, chron. p. 79 ; D. Rebut, « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et son caractère autonome », *RRJ* 1996, p.409 F. Leduc, « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D.* 1996, chron. p. 164 ; G. Viney et P. Sargos, « La responsabilité contractuelle du fait des choses », *in La responsabilité du fait des choses. Réflexions autour d'un centenaire*, *Économica*, 1997, pp. 87 et s. ; G. Viney, « Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *in La responsabilité du fait d'autrui*, *RCA* 2000, numéro spécial, p. 31. La question ne porte cependant pas sur l'existence de cas dans lesquels le débiteur aura à répondre de l'inexécution du contrat causée par un tiers auquel il aura fait appel, ou une chose qu'il aura utilisée, dans l'exécution du contrat, car la réponse par l'affirmative est ici évidente, mais sur la possibilité d'analyser le fait de la chose ou le fait du tiers en un fait générateur spécifique et autonome, par rapport aux cas dans lesquels le contractant ne répond que de son fait dans l'inexécution du contrat. Le problème posé par l'analyse tient au fait que le « fait de la chose » ou le « fait d'autrui » aboutissent comme le « fait personnel » à l'inexécution du contrat, qui constitue en dernier lieu le fait générateur de responsabilité du contractant, et un fait qui lui est personnel dans la mesure où l'inexécution lui est personnelle. La tentation de la responsabilité contractuelle du fait des choses et du fait d'autrui apparaît cependant plus légitime lorsque, comme en présence de la garantie du fait des tiers et de la garantie des vices cachés, autrui intervient (ou tout du moins peut intervenir) à l'insu du contractant, ou que le fait de la chose demeure (ou tout du moins peut demeurer) inconnu du contractant. Dans cette mesure le fait de la chose ou d'autrui apparaît davantage comme une cause étrangère que la loi choisit de mettre à la charge du contractant.

³⁵C'est le cas de l'ensemble des garanties postcontractuelles à l'exclusion de la garantie d'éviction du fait personnel.

³⁶V. en ce sens H. Boucard, « Repenser la garantie d'éviction et des charges ? Du passé ne faisons pas table rase », *préc.*

responsabilité contractuelle.

Du reste que la garantie du fait personnel puisse être analysée en termes de responsabilité n'implique pas, de ce seul fait, qu'elle doive être supprimée au profit des règles de la responsabilité. Ce n'est pas parce qu'un principe général, ici la responsabilité contractuelle, existe, qu'il rend inutile des règles plus spécifiques qui viennent appliquer le principe général à des cas particuliers. La responsabilité générale du fait d'autrui par exemple ne rend pas inutile, et n'impose pas une uniformité de régimes, aux différents cas de responsabilité du fait d'autrui. Dès lors que la garantie présente une originalité suffisante par rapport à la responsabilité, son traitement spécifique se justifie. Or il est possible de caractériser cette originalité à travers le domaine particulier de la garantie. En droit positif c'est seulement le transfert de la propriété, de la jouissance, ou de la possession³⁷ d'un bien qui donne lieu à garantie. Cherchant à justifier ce domaine, M. Gross retenait des considérations pratiques et historiques. Après avoir indiqué que la garantie n'était à l'origine « *qu'une sorte de publicité juridique destinée à attirer les contractants éventuels* »³⁸, et permettant de « *protéger les citoyens contre les fraudes les plus courantes* »³⁹, l'auteur donne finalement deux « *motifs* » principaux à la présence de la garantie dans certains contrats seulement : « *1° destinée à faciliter la formation des contrats en assurant une grande sécurité et en faisant taire les méfiances des contractants éventuelles l'obligation de garantie doit se rencontrer dans les contrats les plus importants de la vie courante et qui nécessitent une conclusion rapide. 2° Simplifiant les recherches auxquelles doit se livrer tout contractant s'il ne veut pas être trompé, la garantie se présente uniquement dans les contrats qui comportent un certain aléa* »⁴⁰. La garantie apparaît alors comme une forme particulière de responsabilité contractuelle destinée à répondre à ces considérations pratiques.

Ce faisant la garantie révèle un autre visage que celui qui lui donne pour objet un « risque ». Cette conception particulière de la garantie constitue le deuxième facteur de relativité de la cohérence restaurée par cette proposition. Le risque étant défini comme un événement dommageable dont la survenance est aléatoire, il est évident que la garantie du fait personnel ne couvre pas un risque, puisque la survenance d'une éviction est le fait, nécessairement volontaire et de ce fait dépourvu d'aléa, du contractant. Alors que la garantie d'éviction du fait des tiers comme la garantie des vices cachés couvrent effectivement un risque, la découverte d'un vice comme l'éviction par un tiers étant susceptible ou non de se produire, et ce indépendamment de la volonté du contractant. Dans cette analyse de la garantie, qui est d'ailleurs la plus largement répandue en doctrine⁴¹, il est donc logique de distinguer la garantie du fait personnel des autres garanties. Cependant il est une autre conception possible de la garantie, en termes cette fois-ci de force de l'obligation. La garantie apparaît alors

³⁷Sur le domaine de la garantie v. H. Boucard, *ibid.*, spéc. n°5 et s.

³⁸B. Gross, *op. cit.*, spéc. n°98.

³⁹*Ibid.* spéc. n°43.

⁴⁰*Ibid.*, spéc., n°104. L'auteur précise dans un 3° que « l'obligation de garantie rassurant le garanti sur l'état d'une chose qu'il reçoit l'aléa doit porter sur la chose objet du contrat ou l'occasion des relations contractuelles ».

⁴¹V. aussi *supra*.

comme la sanction d'une obligation d'une intensité plus forte que les obligations sanctionnées par la responsabilité, ce qui se traduit dans le régime de la garantie par l'absence d'effet exonératoire de la cause étrangère⁴². Dans cette conception, « *garantir, c'est assurer à l'autre la réalité de la situation dont dépend la réalisation de l'opération projetée, le préserver de tout risque d'insatisfaction, de déception, que le garant prend à sa charge. Ce n'est pas seulement promettre, c'est s'engager absolument, sans pouvoir se délier quand cette situation primitive se voit démentie par les faits* »⁴³. On comprend alors qu'en raison de sa force particulière la garantie d'une part ne s'impose que dans certains contrats, et pour certaines obligations, et d'autre part présente une originalité suffisante pour être détachée des règles de la responsabilité.

Ainsi théoriquement la cohérence qui semble être restaurée de prime abord par le rattachement de la garantie du fait personnel à la responsabilité contractuelle est toute relative. Et pratiquement il n'est pas certain que le changement ne soit pas sans susciter de nouvelles incohérences.

II. L'éviction de la garantie du fait personnel des droits et obligations spéciaux : la pratique.

Certains plaident en effet pour le maintien de la garantie au sein des règles spéciales du droit des contrats au motif que le droit commun ne serait « *pas taillé à la mesure de la garantie d'éviction et des charges* », et que le nouveau régime de l'inexécution du contrat en particulier ne lui serait pas « *adapté* »⁴⁴. Il importe donc pour évaluer cette affirmation, et plus largement l'intérêt pratique du changement proposé (B), de comparer le régime de la garantie, dont le droit commun est celui de la garantie du contrat de vente, et celui de l'inexécution contractuelle (A).

A. Comparaison des régimes.

Pour ce faire prenons le régime de la garantie d'éviction du fait personnel tel qu'il apparaît dans le Code civil, et voyons si, et comment, il trouve son pendant en droit commun.

D'abord l'article 1628 interdit les clauses limitatives ou exclusives de garantie du fait personnel. En droit commun de telles clauses sont licites, sauf en cas de faute lourde ou dolosive (art. 1231-3). La question qui se pose est donc de savoir si l'éviction du fait personnel constitue systématiquement une faute lourde ou dolosive, auquel cas la sanction de l'éviction du fait personnel par le commun n'induirait aucun changement. La faute dolosive contractuelle est définie comme une inexécution délibérée, consciente, sans pour autant que ni l'intention de nuire, ni la conscience du dommage

⁴²V. *infra*.

⁴³H. Boucard, « Repenser la garantie d'éviction et des charges ? Du passé ne faisons pas table rase », préc. Dans le même sens v. par ex. B. Gross, *op. cit.*, spéc. n°IV : « si en droit commun la jurisprudence estime qu'une responsabilité appréciée avec rigueur oblige le débiteur à respecter son engagement, en matière de garantie elle décide qu'il faut dépasser ce stade ».

⁴⁴H. Boucard, *ibid.*, spéc. n°22.

pouvant résulter de l'inexécution, ne soient requises dans la caractérisation d'une telle faute⁴⁵. La faute lourde de droit commun⁴⁶ quant à elle est définie comme une inexécution non intentionnelle, c'est-à-dire sans délibération et sans intention de nuire, mais d'une particulière gravité, « *sautant en quelque sorte aux yeux* »⁴⁷. Dans la mesure où l'éviction constitue une contradiction flagrante dans le comportement du contractant, qui plus est touchant l'effet principal du contrat en cause, il est fort probable que l'éviction du fait personnel puisse systématiquement être qualifiée, sinon de faute dolosive, à tout le moins de faute lourde. À ce premier égard la sanction proposée de la garantie du fait personnel par le droit commun ne devrait pas avoir de réelle incidence pratique.

L'article 1629 ne présente pas de spécificité par rapport au droit commun. D'abord en ce que les clauses élusives ou limitatives de responsabilité en droit commun n'interdisent pas non plus les restitutions fondées sur la résolution du contrat, et d'autre part en ce que la conclusion d'un contrat à ses risques et périls fait obstacle également en droit commun à une remise en cause de ce contrat.

On notera l'absence de mention de la force majeure dans le droit de la garantie, alors qu'aux termes de l'article 1218, sa survenue entraîne en droit commun la suspension, ou la résolution du contrat et la libération des parties. En réalité c'est exactement le sens d'une garantie que d'assurer la réalisation de l'effet promis, quoi qu'il arrive. L'absence d'effet de la force majeure est la traduction de la force particulière de l'obligation garantie. Cependant la sanction de la garantie du fait personnel par le droit commun ne devrait pas pour autant faire perdre à cet égard sa force à l'obligation garantie, dans la mesure où il est impossible qu'un fait personnel puisse constituer pour son auteur un événement de force majeure. La force majeure se caractérise en effet par la réunion de trois éléments : l'imprévisibilité, l'irrésistibilité, et l'extériorité⁴⁸. Or « *on voit mal dans quelle hypothèse l'inexécution de l'obligation de ne pas évincer ne serait pas délibérée* »⁴⁹, et serait donc imprévisible, irrésistible et extérieure au garant. Ou, à tout le moins, parce qu'il est toutefois possible de concevoir une absence de délibération de la part d'héritiers du garant, qui ignoreraient l'acte réalisé par leur auteur, on voit mal dans quelle hypothèse l'inexécution pourra être considérée comme extérieure au garant, ou échappant à son contrôle⁵⁰ pour reprendre les termes de l'article 1218, alors qu'elle est nécessairement de son fait pour donner lieu à garantie.

Les articles 1630 et suivants règlent plus précisément les conséquences de l'action en garantie. De prime abord il est tentant de comparer l'article 1630, énumérant les mesures ouvertes au garanti et l'article 1217 énumérant les remèdes à l'inexécution contractuelle. Pourraient alors être relevées des absences notables à l'article 1630 : celles de l'exception d'inexécution, de l'exécution forcée, et de la

⁴⁵V. Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, spéc. n°3121-122

⁴⁶Elle est intentionnelle en droit du travail : v. Soc. 29 nov. 1990, no 88-40.618, Bull. civ. V, no 599 ; 12 mars 1991, no 89-41.941, Bull. civ. V, no 129.

⁴⁷Ph. Le Tourneau (dir.), *op. cit.*, spéc. n°3121-281.

⁴⁸Sur l'historique de ces trois éléments, et notamment la controverse sur l'élément d'extériorité et son maintien au sein de la nouvelle législation, v. F. Gréau, *Rép. de droit civil*, Dalloz, v°Force majeure, actu. avr. 2018, spéc. n°21 et s.

⁴⁹Ph. Chauviré, *op. cit.*

⁵⁰Sur la portée du changement terminologique, v. F. Gréau, *op. cit.*, spéc. n°27 et s.

réduction du prix. Ce serait cependant d'une part oublier que le droit commun a vocation à compléter le droit spécial, et que ce sont donc des sanctions ouvertes à l'acquéreur pour autant qu'elles sont possibles, et d'autre part donner à l'article 1630 une portée trop grande dans la mesure où les articles suivants contiennent d'autres mesures. Ainsi on retrouve l'exception d'inexécution à l'article 1653 qui donne à l'acquéreur troublé ou qui craint de l'être le droit de suspendre le paiement du prix. L'exécution forcée est quant à elle présente implicitement à l'article 1640 qui impose à l'acquéreur, sous peine de perdre le bénéfice de la garantie, d'appeler son vendeur en garantie lorsqu'il est attiré en justice. Et la mise en demeure préalable à cette exécution forcée que le droit commun exige (article 1231) peut également être retrouvée dans l'exigence d'un appel en garantie préalable en matière de garantie (article 1640). On notera cependant deux différences par rapport à l'exécution forcée de droit commun. D'abord elle n'a lieu qu'en présence d'une éviction par voie judiciaire – mais encore une fois cela n'exclut pas le jeu de l'exécution forcée de droit commun en l'absence de menace judiciaire. Ensuite elle n'est pas limitée par la difficulté ou le coût de la mesure comme en droit commun (art. 1221). En apparence donc l'exécution forcée est plus facile à obtenir en matière de garantie qu'en droit commun, ce qui s'expliquerait par un régime visant à protéger le plus efficacement possible le droit de propriété. À cet égard il semble que le rattachement de la garantie du fait personnel au droit commun fasse perdre de sa force à la protection du droit de propriété. L'analyse ne serait toutefois pas exacte d'une part en ce qu'en matière de garantie l'exécution forcée reste encadrée par l'abus de droit – et qu'est-ce que la sollicitation d'une mesure d'exécution forcée disproportionnée ou trop onéreuse sinon un abus du droit à l'exécution forcée ? –, et d'autre part en ce qu'on peut légitimement douter qu'en droit commun la défense en justice d'un contractant troublé dans sa propriété, sa possession, ou sa jouissance puisse être considérée comme disproportionnée ou trop coûteuse. Ainsi la différence entre le droit commun et le droit de la garantie apparaît ici de forme plutôt que de fond. Quant à la réduction du prix elle est également offerte au garanti en présence d'une éviction partielle à l'article 1637.

Enfin la résolution, sans être explicitement mentionnée est en réalité ce dont il est essentiellement question aux articles 1630 et suivants. Les conditions de son prononcé et les restitutions qui en découlent se distinguent cependant souvent du droit commun. S'agissant d'abord de la condition de gravité du droit commun (article 1224), elle se retrouve, en cas d'éviction partielle – la gravité d'une éviction totale ne pouvait prêter à discussion, puisque c'est l'effet principal du contrat qui se trouve entièrement inexécuté –, à l'article 1636. Mais là où le droit commun se contente d'exiger une inexécution suffisamment grave, le droit de la garantie précise que la gravité doit être telle qu'elle implique que le garanti n'eût point conclu le contrat sans la partie du bien dont il a été évincé. De manière générale alors qu'en droit commun l'article 1228 donne au juge la liberté de décider de la sanction la plus appropriée, en matière de garantie cette liberté est encadrée par le choix du créancier (article 1638) ou la gravité de l'éviction (article 1636). Enfin on notera que la résolution de droit

commun peut être le fait du contractant, à ses périls et risques (article 1226), alors que la mise en œuvre de la garantie est nécessairement judiciaire.

S'agissant ensuite des restitutions, un auteur a pu estimer que le nouveau droit des restitutions « *n'est pas forcément adapté à la garantie d'éviction et des charges, et moins encore à l'hypothèse asymétrique d'une éviction totale* »⁵¹. Il est vrai qu'en cas d'éviction totale par un tiers les restitutions sont unilatérales, seul le vendeur étant tenu de restituer le prix à l'acquéreur, tandis que par hypothèse l'acquéreur ne peut lui rendre le bien dont il a été évincé. Cependant dans le cas de la garantie due en raison du fait personnel, le flux et le reflux⁵² sont symétriques, et la situation est en cela identique à celle de la résolution de tout contrat. Or les solutions du droit spécial et du droit commun varient considérablement. Ainsi en matière de garantie le prix doit être restitué en totalité, indépendamment de la moins-value et des détériorations du bien, y compris lorsque ces dernières sont le fait de l'acquéreur (article 1631), réserve faite du profit que ce dernier retire de ces dégradations (article 1632), alors qu'en droit commun le contractant répond des moins-values qui sont imputables à sa faute (article 1352-1). À l'inverse, le vendeur doit à l'acquéreur l'augmentation du prix du bien, même si cette augmentation n'est pas le fait de l'acquéreur (article 1633), alors que le droit commun ne mentionne à propos de la restitution d'une somme d'argent que la restitution des intérêts au taux légal et des taxes acquittées (article 1352-6), et qu'il n'impose à celui qui a vendu le bien objet de restitution, et doit par conséquent en restituer le prix, de ne rendre l'augmentation de la valeur de la chose qu'en cas de mauvaise foi (art. 1352-2). En matière de garantie le vendeur doit rembourser à l'acquéreur toutes les réparations et améliorations utiles (art. 1634), alors qu'en droit commun le remboursement se fait dans la limite de la plus-value que ces modifications auront apportées au bien (art. 1352-5). Et le droit de la garantie ajoute même le remboursement des dépenses somptuaires en cas de mauvaise foi du vendeur (article 1635), alors qu'en droit commun ces dépenses ne donnent pas lieu à remboursement. En droit de la garantie il n'est pas fait mention de la restitution de la jouissance du bien, et des fruits qu'il a procurés, qui est à l'inverse prévue en droit commun (art. 1352-3). Au contraire même le vendeur doit restituer à l'acquéreur les fruits de la chose lorsque l'acquéreur doit les restituer à celui qui l'évince (article 1630), ce qui revient à dire que l'acquéreur conserve les fruits lorsque celui qui l'évince est le vendeur lui-même. Très clairement les restitutions de droit commun et celles issues de la mise en œuvre de la garantie d'éviction relèvent de deux logiques distinctes. La garantie apparaît ici comme un régime sanctionnant avant tout le garant, tandis que les restitutions de droit commun visent plutôt à rétablir l'équilibre des patrimoines en cause. Cette différence de logique peut cependant être compensée par le jeu des dommages et intérêts, pouvant s'ajouter aux restitutions

⁵¹H. Boucard, « Repenser la garantie d'éviction et des charges ? Du passé ne faisons pas table rase », préc., spéc. n°40.

⁵²Pour reprendre une expression que l'on doit, aux dires de M. Genicon (« Les conséquences de la résolution pour inexécution : la question de l'indemnité d'usage de la chose restituée », note sous Cass. com. 30 oct. 2007 et civ. 3e 19 déc. 2007, RDC 2008, n°2, p. 255) et de Mme Malaurie-Vignal (*Les restitutions en droit civil*, préc., spéc. p. 52) au procureur général Matter, et qui fut largement reprise par la doctrine (v. not. Th. Genicon, *ibid.* ; M. Malaurie-Vignal, *ibid.*).

dues, tant en droit commun (article 1224) qu'en matière de garantie dont le régime sur ce point renvoie au droit commun (article 1639).

Un dernier point dans la comparaison des régimes de la garantie et de l'inexécution contractuelle mérite d'être examiné : celui de la prescription. La garantie est perpétuelle par voie d'exception – et donc transmissible aux héritiers du contractant –, tirant sa perpétuité de celle attachée au droit de propriété (article 2227 du Code civil), quand les actions relatives à l'exécution d'une convention et à la responsabilité contractuelle se prescrivent par le délai de droit commun de cinq ans (article 2224). La sanction de la garantie du fait personnel par les règles applicables à l'inexécution contractuelle emporterait à cet égard un changement considérable, sauf à estimer que l'action visant à protéger le droit de propriété devrait bénéficier de la perpétuité au même titre que la garantie du fait personnel. Un tel raisonnement paraît très peu probable, dans la mesure où les actions relatives à l'inexécution d'un contrat ayant pour objet un droit de propriété ont toujours été prescrites par le délai de droit commun, et ne bénéficieraient pas comme la garantie de la perpétuité attachée au droit de propriété⁵³. Sans doute, le point de départ de ce délai de prescription, le moment « *où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant* » d'agir, permet un certain jeu, et même une identité de situation avec la perpétuité de la garantie lorsque ce moment coïncide avec une revendication en justice de la propriété par le cocontractant. Il s'agit cependant d'une identité à la marge, qui ne masque pas la perte de la protection très forte du droit de propriété qu'assure la perpétuité par voie d'exception de la garantie.

B. Appréciation de la comparaison.

Que retenir de cette comparaison des deux régimes de la garantie et de l'inexécution contractuelle de droit commun ? D'abord que si le régime de la garantie traduit bien la force particulière de l'obligation qu'elle sanctionne, le recours au droit commun n'impliquerait pas nécessairement une perte totale de cette force. Certaines différences notables et évidentes dans les textes disparaissent dans la pratique : le jeu des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité comme celui de la force majeure sont exclus en matière de garantie, mais ne pourraient pratiquement être mis en œuvre en droit commun si ce dernier était utilisé pour sanctionner l'éviction du fait personnel. De même l'encadrement de l'exécution forcée en droit commun qu'on ne retrouve pas en matière de garantie ne devrait pas changer les solutions en pratique. D'autres différences peuvent être compensées par le jeu de mécanismes secondaires. Ainsi les différences notables dans les régimes des restitutions consécutives à l'inexécution contractuelles peuvent être atténuées par le jeu des dommages et intérêts qui viennent compléter ces mesures de restitution.

⁵³Ainsi par exemple l'action en exécution forcée ou en résolution d'une promesse de vente se prescrit par cinq ans (Cass. civ. 3e 1er oct. 2020, n°19-16.561).

Finalement le changement principal qui marquerait en pratique la sanction de l'éviction du fait personnel par le droit commun de l'inexécution contractuelle résiderait dans la modification de la durée de la protection assurée par la garantie. D'aucuns estimeraient ce changement bienvenu, tant la perpétuité attachée à la garantie d'éviction a pu être contestée et interrogée. Il est vrai qu'elle peut être difficile à justifier et à concilier aussi bien avec le droit des contrats qu'avec le droit des biens. En droit des contrats elle heurte d'abord la prohibition des engagements perpétuels, désormais inscrite à l'article 1210 du Code civil. À la différence de la garantie du fait des tiers la garantie du fait personnel impose une véritable obligation, de ne pas faire, à la charge de son débiteur⁵⁴, et constitue donc bien pour ce dernier un engagement perpétuel. En droit des contrats la perpétuité de la garantie du fait personnel a également été particulièrement contestée lorsque la garantie se traduit par une obligation de non-concurrence. Cette obligation est en effet présente de plein droit, parce que fondée sur la garantie du fait personnel, notamment dans les contrats ayant pour objet direct ou indirect le transfert d'une clientèle⁵⁵. Contrairement à l'obligation conventionnelle elle est alors semble-t-il illimitée dans le temps⁵⁶, ce qui selon d'aucuns crée « *une présomption permanente de mauvaise foi de l'ancien exploitant de la clientèle, qui ne se justifie pas : il n'y a pas forcément de mauvaise foi dans le fait de se réinstaller après un délai raisonnable* »⁵⁷. Cette obligation vient du reste heurter le jeu normal de la concurrence, et la liberté du commerce et de l'industrie sur laquelle il se fonde. Si l'on comprend qu'un certain délai soit nécessaire à l'acquéreur pour pleinement s'approprier le bien acquis, délai durant lequel il doit donc être protégé contre les agissements du vendeur, on peine à justifier l'atteinte à la concurrence que cette obligation constitue par la suite. Si la garantie trouve sa raison d'être dans la volonté de protéger le droit de propriété, on ne voit pas pourquoi la propriété serait protégée contre la concurrence de l'ancien contractant, mais non pas contre la concurrence d'un tiers. La même remarque s'impose quant au désordre que la garantie introduit dans le jeu du droit des biens. La garantie du fait personnel empêche en effet le jeu de la prescription acquisitive au profit du contractant. Il est vrai que dans le cas où il aura lui-même empêché la mise en possession de son cocontractant, sa possession sera viciée, et en tant que telle ne pourra donner lieu à une acquisition. En revanche dans le cas où il aura parfaitement exécuté le contrat de vente, les conditions de la prescription acquisitive pourront être réunies, et il peut alors être difficile de justifier l'interdiction faite à l'ancien contractant

⁵⁴En ce sens Ph. Chauviré, *op. cit.*

⁵⁵Ainsi pour la vente d'un fonds de commerce (v. par ex. Cass. civ. 11 mai 1898, S. 1898, 1, p. 265 ; Req. 29 juill. 1908, DP 1909, 1, p. 281, note Lacour ; com. 14 avr. 1992, Bull. civ. IV, n°160 ; CCC 1992, comm. 149, note L. Leveneur ; Defrénois 1992, p. 1358, obs. J.-P. Sénéchal ; RTD civ. 1993, p. 150, obs. P.-Y. Gautier), pour la cession de droits sociaux (v. par ex. Cass. com. 26 mars 1985 ; D. 1985, IR. p. 480, obs. Y. Serra ; 21 janv. 1997, Bull. civ. IV, n°25 ; JCP E 1997, II, 936, note Y. Guyon ; 12 mai 2015, n°14-11.699 ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 368, note J.-F. Barbiéri ; JCP E 2015, 1577, § 8, obs. M. Caffin-Moi.

⁵⁶V. Cass. civ. 13 mai 1912, DP 1913, 1, p. 143 ; S. 1914, 1, p. 209 ; civ. 3e 20 oct. 1981, Bull. civ. 1981, III, n°168. C'est également ce que laisse croire une jurisprudence affirmant que l'obligation légale de non-concurrence prend le relais de l'obligation conventionnelle de non concurrence expirée : v. par ex. Cass. com. 14 avr. 1992, n°89-21.182, Bull. civ. IV, n°160 ; 16 janv. 2001, n°98-21.145, Bull. civ. IV, n°16 ; 15 déc. 2009, n°08-20.522. *Contra* : Cass. civ. 15 juin 1922, DP 1925, 1, p. 213 ; Cass. req. 31 oct. 1927, Gaz. Pal. 1927, 1, p. 943

⁵⁷V. Forti, *op. cit.*, spéc. n°28.

de faire jouer à son profit la prescription acquisitive : « *on ne voit guère en quoi sa position serait différente de n'importe quel possesseur, et il faut bien accepter que sa qualité de vendeur finisse par s'évanouir* »⁵⁸. Le rattachement de la garantie d'éviction du fait personnel au droit commun de l'inexécution contractuelle permettrait à cet égard de ne sanctionner que les atteintes à l'engagement, aussi bien temporellement que matériellement, et d'ouvrir la voie au-delà de cette atteinte au jeu normal tant du droit de la concurrence que du droit des biens. Une telle limitation temporelle se justifierait d'autant plus que d'une part la propriété n'est en général pas systématiquement protégée, et d'autre part la garantie d'éviction est déjà matériellement limitée aux atteintes qui constituent une contradiction avec l'engagement⁵⁹.

Pratiquement donc si la plupart des changements de régime qu'impliquerait la sanction de l'éviction du fait personnel par le droit commun de l'inexécution contractuelle pourraient être compensés, la disparition de l'exception perpétuelle de garantie marquerait une grande différence. À cet égard il pourrait être difficile de justifier le domaine de la réforme proposée : la garantie d'éviction du seul fait personnel, dans les seuls contrats à titre onéreux. La réforme aboutirait à ce que l'éviction du fait d'un tiers comme l'éviction du fait personnel dans les contrats à titre gratuit soient plus sévèrement sanctionnées que l'éviction du fait personnel dans les contrats à titre onéreux. Or la justice d'une telle solution peut être mise en doute. L'éviction du fait personnel constitue une faute, juridique mais aussi morale. Elle apparaît moins grave cependant dans les contrats à titre gratuit dans la mesure où elle ne prive pas le cocontractant de son dû. Et l'éviction du fait d'un tiers ne constitue pas une faute au sens moral du terme. Or la justice voudrait que la faute soit plus sévèrement sanctionnée lorsqu'elle est plus blâmable, et qu'elle soit plus sévèrement sanctionnée que la survenue d'un risque.

Par où la cohérence que le changement proposé permettrait de rétablir apparaît à nouveau toute relative. Sans doute la situation de la garantie, à la croisée du droit des contrats et du droit des biens, rend-elle particulièrement difficile toute tentative de remise en ordre de la matière, et explique-t-elle que les propositions de réforme n'aient jusqu'à présent guère rencontré d'écho chez le législateur. Pour la même raison il est fort à parier que si la proposition étudiée devait rencontrer un tel succès, il soit peu probable qu'elle mette fin aux critiques et au désir de remodeler une nouvelle fois les notions.

⁵⁸Ph. Chauviré, *op. cit.*

⁵⁹V. *supra.*