

Mushtaq Namdarkhan
Avocat
5 décembre 2016

LES CLAUSES RESOLUTOIRES
DANS LA JURISPRUDENCE DE
LA COUR SUPREME DE
MAURICE

Directeur de Mémoire : Professeur Jean-Baptiste SEUBE, professeur agrégé des Facultés de droit - Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie de La Réunion ; Avocat.

SOMMAIRE ANALYTIQUE

INTRODUCTION

I. LA REDACTION DES CLAUSES RESOLUTOIRES PAR LES PARTIES

A. CONSENTEMENT DES PARTIES AU REGARD DE LEURS OBLIGATIONS

B. MODALITES DE LA MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES RESOLUTOIRES

1. Les mentions « de plein droit »

2. Les mises en demeure

a. Besoin d'une mise en demeure

b. Formes des mises en demeure

c. Contenu des mises en demeure

3. Option du créancier

C. L'INTERPRETATION STRICTE DES CLAUSES RESOLUTOIRES ET LE ROLE DU JUGE

D. RECAPITULATIF DES PRINCIPES APPLICABLES PAR RAPPORT AUX CLAUSES RESOLUTOIRES

II. VERS UN POUVOIR MODERATEUR DES JUGES DU FOND

A. L'ABUS DE DROIT

1. Les arrêts *Sewraz Frères c. BAT* (2010 et 2013)

2. L'application du concept d'abus de droit à Maurice

B. LE COMPORTEMENT DES PARTIES

C. LA BONNE FOI DU CREANCIER

III. PROJETS DE REFORME

A. LES PROPOSITIONS DE L'AVANT-PROJET CATALA ET LA REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

- 1. L'inexécution des obligations**
- 2. Restitutions après anéantissement du contrat**

B. LE PROJET DE CONSULTATION DE LA LAW REFORM COMMISSION MAURICIENNE

- 1. Exception d'inexécution**
- 2. La mise en œuvre des clauses résolutoires**
- 3. Résolution et résiliation**
- 4. Résolution unilatérale**
- 5. Restitutions**

CONCLUSION

INTRODUCTION

Les clauses résolutoires de plein droit font souvent l'objet de contentieux devant les tribunaux mauriciens. Les magistrats et juges sont alors confrontés à une ou plusieurs questions portant sur des questions telles que : est-ce qu'il y a bien une clause résolutoire de plein droit ou est-ce que le créancier aurait dû se prévaloir de la résolution en justice sous l'article 1184 du Code Civil Mauricien ? S'il y a bien clause résolutoire de plein droit, comment l'interpréter ? Est-ce que les formalités requises pour la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit ont bien été remplies ? Si le créancier s'est prévalu d'une clause résolutoire de plein droit, est-ce que la mise en œuvre de la clause devrait être modérée en raison de la conduite du créancier ?

Il est donc approprié de faire une analyse de la jurisprudence mauricienne pour déceler les principes clés qui en découlent en ce qui concerne la mise en œuvre et l'interprétation des clauses résolutoires, sans oublier le contenu de la doctrine et la jurisprudence françaises. En effet, les juges mauriciens se réfèrent souvent aux sources doctrinales et jurisprudentielles françaises pour arriver à leurs conclusions.

L'article 1183 du Code Civil Mauricien dispose que la condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Suit alors l'article 1184 à l'effet que La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques¹, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à ses engagements. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix soit de forcer son cocontractant à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou de demander la résolution de la convention avec dommages et intérêts. Il est important de préciser que la rédaction des articles 1183 et 1184 du Code Civil Mauricien et ceux du Code Civil Français sont identiques.

Comme en droit français donc, la résolution d'un contrat, sauf convention contraire, se fait par une demande de résolution en justice. Cependant, l'article 1184 n'étant pas d'ordre public², les parties peuvent convenir d'une résolution conventionnelle dès que certaines conditions sont remplies. Ce qui donne donc naissance au jeu des clauses résolutoires de plein droit.

Il est dit que la philosophie juridique qui entoure l'article 1184 du Code Civil s'articule autour de deux idées³ :

1. Le principe fondamental de la force obligatoire du contrat et le moralisme contractuel : le contrat doit s'appliquer quelles que soient les circonstances et

¹ Y compris les transactions sous l'article 2044 du Code Civil Mauricien: *S. Thanacoody c. New Dairy Co Ltd* 1973 SCJ 4

² *Setracorp Ltd c. State of Mauritius* 2008 SCJ 26, 2008 MR 205

³ Avant-projet de réforme du droit des obligations (Avant-projet Catala), 22 septembre 2005, pp. 40-41

difficultés rencontrées. En conséquence, seuls les cas d'inexécution très grave, voire de faillite totale d'exécution, justifient qu'on l'anéantisse. Il est alors nécessaire de recourir au juge afin qu'il contrôle ce seuil de gravité ; et

2. La protection du débiteur de l'obligation inexécutée et l'humanisme contractuel, idée selon laquelle le débiteur ne doit pas subir une sanction, trop vite assenée et sans contrôle, de la part de son cocontractant.

Au regard des effets de la résolution dans l'application de l'article 1184, il est possible de constater que la jurisprudence mauricienne reconnaît l'existence d'une distinction entre la résolution et la résiliation d'un contrat. Dans l'arrêt *Mohammadally c. Mauritius Cinema Corporation Ltd* 1955 MR 15, les juges Simmons et Lavoipierre en appel considérèrent que dans les contrats à exécution successive, l'application de l'article 1184 n'aurait d'effet que pour l'avenir et le juge n'aurait pas à contraindre les parties à se rembourser les uns envers les autres pour les prestations déjà effectuées. Citant Aubry et Rau :

« Lorsqu'il s'agit de contrats, dont l'exécution, comme cela a lieu dans le bail, est successive, en ce que les obligations qu'ils engendrent se renouvellent sans cesse pendant toute la durée de la convention, la condition résolutoire opère bien moins une résolution proprement dite que la cessation ou la dissolution du contrat qui continue de régir les faits antérieurement accomplis.

We adopt this latter opinion. »

La résiliation ne produit d'effets que pour l'avenir tandis que, de par l'article 1183, la résolution opère la révocation de l'obligation et remet les choses au même état où elles se trouvaient comme si l'obligation n'avait jamais existée. Cependant, les clauses résolutoires de plein droit étant des dérogations conventionnelles à l'article 1184, les parties peuvent prévoir dans la rédaction de leurs contrats les effets précis de telles clauses, qu'ils soient limités pour l'avenir ou qu'ils produisent des effets rétroactifs.

Pour un créancier, la résolution judiciaire est un mode d'anéantissement de l'acte juridique qui se révèle contraignant et aléatoire. L'action qu'il doit exercer en justice risque d'être longue et onéreuse, de plus, le créancier s'expose au large pouvoir d'appréciation des juges du fond. Ces derniers sont effectivement en mesure de rejeter la demande en résolution considérant que l'inexécution n'est pas suffisamment grave pour justifier une telle mesure, ou encore accorder des délais supplémentaires au débiteur selon les circonstances – le créancier subit alors non seulement l'inexécution par le débiteur des engagements contractuels, mais doit aussi supporter par la suite les aléas d'une procédure judiciaire. Les clauses résolutoires sont alors un tempérament (par voie de dérogation

conventionnelle) au principe de la résolution judiciaire⁴. La validité des clauses résolutoires a pour fondement juridique le principe de la liberté contractuelle. Une clause résolutoire, également qualifiée de pacte comissoire, est une clause par laquelle les parties conviennent, lors de la formation du contrat, que celui-ci sera résolu de plein droit en cas d'inexécution par une partie des engagements visés dans cette clause. L'utilité des clauses résolutoires est manifeste : dès lors que sont réunies les conditions prévues par une clause résolutoire licite, dont les termes sont clairs et précis, la résolution joue de plein droit. Il n'est pas nécessaire que le créancier intente une action en résolution pour obtenir l'anéantissement du contrat ; quant au juge, il ne prononce pas la résolution et ne peut en principe ni retarder cette sanction, ni l'écarter.⁵

La clause résolutoire peut aussi avoir un effet dissuasif sur le débiteur qui tend à l'empêcher de ne pas exécuter ses obligations contractuelles :

« ... d'ailleurs, la clause joue aussi un rôle préventif, analogue à l'astreinte. La menace de la sanction produit un effet sur la personne du débiteur et assure indirectement l'exécution du contrat. Sans doute, le débiteur n'ignore pas qu'en absence de clause son créancier peut intenter contre lui une action en résolution. Mais il connaît la mansuétude habituelle du juge à son égard. Or, en présence d'une clause de résolution de plein droit le débiteur sait qu'il n'échappera pas à la résolution et qu'il ne lui faut plus compter sur l'indulgence des tribunaux. »⁶

Bien que la mise en place d'une clause résolutoire de plein droit se fasse sans intervention du juge, le débiteur a souvent tendance à la contester devant les tribunaux mauriciens. Les juges exercent alors un contrôle *a posteriori* sur l'application des clauses résolutoires. Lorsque la clause résolutoire de plein droit a été mise en œuvre par le créancier, il reviendra alors aux juges du fond d'apprécier la réunion des conditions de sa mise en jeu. Le cas échéant, ces derniers sont alors contraints à se borner simplement à constater ce fait et ne peuvent modérer la portée des clauses résolutoires. En cas d'ambiguïté, cet exercice mènera très fréquemment les juges à interpréter la clause résolutoire rédigée par les parties à la lumière des dispositions de l'article 1162 du Code Civil Mauricien.

L'interprétation stricte d'une clause résolutoire de plein droit semble a priori être un exercice visant à protéger le débiteur des conséquences drastiques et soudaines d'une résolution ou d'une résiliation suite à la mise en œuvre par le créancier d'une telle clause (notamment en tenant le créancier de s'assurer que toutes les formalités de mise en œuvre de la clause résolutoires ont été remplies à la lettre), il transparait dans certains cas

⁴ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n.1

⁵ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n.4

⁶ Revue trimestrielle de droit civil, 55, 1957, « La Clause Résolutoire Expresse Dans les Contrats » par Jean Borricand, page 436

que l'application stricte d'une clause résolutoire de plein droit peut avoir des effets manifestement injustes contre le débiteur et donc conférer un avantage (aussi injuste) au créancier. La jurisprudence mauricienne a alors nuancé l'interprétation stricte des clauses résolutoires de plein droit, notamment par les circonstances qualifiées d'abus de droit ou de mauvaise foi émanant de la part du créancier : les juges exercent alors un contrôle *a posteriori* afin de déterminer si le créancier n'a pas abusé de son droit en actionnant la clause résolutoire de plein droit, l'abus de droit constituant une faute en droit mauricien.

Avant d'entamer l'analyse concrète des exigences relatives au régime juridique des clauses résolutoires, il est opportun de souligner qu'il existe des dispositions législatives mauriciennes en ce qui concerne la résolution (ou la résiliation) des contrats, avec ou sans mise en demeure, et sans l'intervention quelconque d'un juge. A titre d'exemple :

- Dans les contrats de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement (Article 1657 du Code Civil Mauricien). Cet article a éminemment son bon sens car un vendeur ne pourrait être tenu d'attendre que l'acheteur prenne la livraison de la chose vendue, à la guise de ce dernier, et ainsi, empêcher au vendeur de conclure une nouvelle vente avec un autre cocontractant. De plus, une action en justice par le vendeur contre l'acheteur pour des dommages et intérêts prendrait trop de temps.
- Selon les dispositions de l'Article 1983-21 du Code Civil Mauricien, dans le cadre des contrats d'assurance, à défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, la garantie ne peut être suspendue que vingt jours après l'expédition, par lettre recommandée, de la mise en demeure de l'assuré. L'assureur a le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de vingt jours mentionné ci-dessus ou alors d'en poursuivre l'exécution en justice.
- Dans les contrats d'assurance sur la vie, aucune action n'est mise à la disposition de l'assureur afin que ce dernier soit en mesure d'exiger le versement des primes, d'autre part, le défaut de paiement d'une prime n'a pour sanction, après l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1983-21, que la résiliation pure et simple de l'assurance ou la réduction de ces effets⁷ au regard des dispositions de l'article 1983-84 du Code Civil Mauricien.

⁷ Il existe certains contrats d'assurance où la résiliation n'est pas permise: alinéa 3 de l'article 1983-84, qui prévoit que « *dans les contrats d'assurance en cas de décès faits pour la durée entière de la vie de l'assuré, sans condition de survie, et dans tous les contrats où les sommes ou rentes assurées sont payables après un certain nombre d'années, le défaut de paiement ne peut avoir pour effet que la réduction du capital ou de la rente assurée, nonobstant toute convention contraire, pourvu qu'il ait été payé au moins trois primes annuelles.* »

- Dans les contrats de vente d'immeubles en l'état futur d'achèvement, l'article 1601-10 du Code Civil Mauricien dispose que nonobstant toutes stipulations contraires, les clauses de résolution de plein droit concernant les obligations de versement ou de dépôt ne produisent effet qu'un mois après la date de la sommation ou du commandement de payer demeuré infructueux. Un délai peut être demandé pendant le mois ainsi imparti, conformément à l'article 1244 du même Code⁸ – les effets des clauses résolutoires de plein droit sont suspendus pendant le cours des délais octroyés dans les conditions prévues à l'article 1244, et ces clauses sont réputées n'avoir jamais joué si le débiteur se libère dans les conditions déterminées par le Juge en Chambre⁹.

- Dans les procédures collectives (« *Bankruptcy* » pour les individus et « *Liquidation* » pour les « *companies*¹⁰ »), il est du ressort du liquidateur de résoudre certaines transactions qui auraient été effectuées sur une période courant sur une moyenne de deux ans avant le commencement de la procédure collective en question, et qui n'auraient pas amené de valeur adéquate au débiteur. Sous la section 321 du « *Insolvency Act* », le liquidateur signifie au cocontractant du débiteur ainsi qu'à toute autre personne contre qui le liquidateur pourrait recouvrer des sommes d'argent ou autres actifs. Cette signification, pour être valide, se doit de remplir les certaines exigences de forme. Elle doit être faite par écrit, comporter l'adresse du liquidateur ainsi que mentionner clairement la transaction devant d'être résolue. Un descriptif de la somme ou des actifs que le liquidateur souhaite recouvrer est lui aussi impératif. En ce qui concerne le récipiendaire, la notification doit faire état de la possibilité pour ce dernier d'objecter à la résolution de la transaction visée par une contre signification envoyée au liquidateur dans les vingt-huit jours. En dernier lieu, il doit clairement être précisé que dans le cas où il n'y aurait aucune objection de la part du récipiendaire, la transaction sera résolue. La transaction est alors résolue automatiquement par le simple fait que le liquidateur envoie une autre notification de résolution au cocontractant, pas plus tard que cinq jours ouvrables après l'expiration du délai de 28 jours susmentionné.

Il sera donc question d'analyser, dans le cadre de cette étude, le positionnement et le traitement des clauses résolutoires dans la jurisprudence de la Cour Suprême de Maurice. Cette analyse se fera donc comme suit, dans un premier temps, le positionnement des clauses résolutoires au sein des contrats (I) pour ensuite mettre en exergue la volonté des juges mauriciens d'adopter une jurisprudence modératrice face aux exigences

⁸ « *Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.* »

⁹ Les Juges en Chambre sont l'équivalent à Maurice des juges des référés.

¹⁰ Des sociétés à responsabilité limitée, et qui sont incorporées ou enregistrées sous les dispositions du « *Companies Act 2001* »

d'interprétation strictes (II). En dernier lieu, il sera question d'établir un parallèle entre le projet de réforme français et son adaptation en droit mauricien (III).

I. LA REDACTION DES CLAUSES RESOLUTOIRES PAR LES PARTIES

A. CONSENTEMENT DES PARTIES AU REGARD DE LEURS OBLIGATIONS

La clause résolutoire de plein droit, puise sa source au sein même du principe de la liberté contractuelle et de l'intention commune des parties contractantes :

« The 'clause résolutoire de plein droit' is but a manifestation of the overall contractual agreement based on the common intent of the contracting parties pursuant to Article 1134 of the Civil Code which provides that 'les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites'. »¹¹

L'extrait suivant du jugement *Sustainable Properties Management Ltd v Rose-Belle Sugar Estate Board* 2014 SCJ 281 confirme cette position :

« It is clear from [Article 1184] of the Code Civil that the party seeking the 'résolution' of a contract must prove firstly the existence of a 'contrat synallagmatique' and secondly a breach of a contractual obligation by the other party. In accordance with the principle that none should take the law into his own hands, he must also seek the sanction of the Court.

However, in accordance with the sacrosanct principle of the contractual freedom of the parties, the parties may derogate from the provisions of article 1184. Thus such derogation may be provided for in a 'clause résolutoire' in the contract to the effect that the contract will be automatically terminated in the event of a breach of an obligation by a party, precluding any recourse to judicial process. Such 'clause résolutoire' has been held not to infringe public interest. » (soulignement ajouté)

L'article 1184 n'est pas d'ordre public et les parties contractantes peuvent y déroger : par exemple, dans le cas *Pydiah c. Sokapadoo* 1965 MR 198, la cour d'appel énonça les principes suivants :

- Si une des parties failli à son obligation, le cocontractant peut choisir soit, d'exiger de la partie défaillante que celle-ci remplisse ses obligations, lorsque cette exigence est possible, soit de demander la résolution du contrat ainsi que des dommages et intérêts ;

¹¹ *Sewraz Freres Ltd (in receivership) c. British American Tobacco* 2013 SCJ 43

- La résolution doit alors être demandée en justice, sauf si les termes du contrat indiquent clairement que le celui-ci serait résolu de plein droit sans aucune autre formalité ;
- A moins qu'il ne soit clair des termes du contrat de bail en question que les parties avaient l'intention que celui-ci soit résolu de plein droit dans le cas d'un non-paiement de loyer, l'article 1184 s'appliquerait et la résolution devrait être demandée en justice. Une clause conférant au bailleur une option d'exercer un droit de résoudre le bail n'était pas une clause résolutoire expresse mais une condition inutile.

La clause insérée au contrat de bail, objet du jugement *Pydiah*, bien que sa qualification en tant que tel soit matière à critique, se lisait comme suit « *à défaut de paiement d'un seul terme des loyers à son échéance, c'est-à-dire la fin de juillet de chaque année, le présent bail sera résilié si bon semble au bailleur.* » Cassant un jugement de la cour de district qui avait accordé la résolution du bail et ordonné l'éviction du locataire, la cour d'appel considéra que cette clause n'offrait qu'une option au bailleur de demander la résolution du contrat de bail qui n'ajoutait rien à la condition résolutoire tacite contenu dans l'article 1184. Elle n'était donc pas une clause résolutoire expresse qui permettait la résolution de plein droit et sans une décision de justice :

« Unless it were clear from the terms of the lease that the parties had intended that it would be cancelled de plein droit and without further ado, in case of non-payment of rent, art. 1184 C. Civ would still find its application and the matter of cancellation of the agreement would be one for the Court to decide. A clause giving the lessor an option to exercise the right to terminate the lease is not a clause résolutoire expresse but an unnecessary condition which is understood in all contracts within the ambit of art. 1184. »

Le magistrat fut donc dans l'erreur lorsqu'il fut d'avis que la clause en question était une clause résolutoire de plein droit et qu'il n'avait pas la discrétion en ce qui concerne la résolution du bail.

La position adoptée par la jurisprudence *Pydiah c. Sokapadoo* fut a été confirmée par une deuxième décision rendue par la cour d'appel en date de 2013, notamment *Sewraz Frères c. British American Tobacco* 2013 SCJ 43 (infra), les juges se référant aussi, comme support, aux extraits suivants de *Dalloz Rep. Pratique, Vo Louage* :

« 1213. S'il n'a pas été stipulé qu'il produira effet de plein droit, le pacte commissaire n'ajoute rien aux termes de l'art. 1184 C.Civ ; la résiliation [de plein droit] doit donc être demandée en justice et le juge peut accorder un délai...

1215 Il peut, au contraire, être convenu que la résiliation aura lieu de plein droit ; ces termes ne sont, d'ailleurs, pas sacramentels, il suffit que les parties indiquent d'une façon non douteuse leur volonté que la résiliation aura lieu sans jugement. »

Cette position de la jurisprudence mauricienne rejoint en ce sens celle adoptée par la Cour de Cassation, comme démontré par les extraits suivants :

« Lorsqu'il a été stipulé que, faute d'exécution des obligations nées de la convention, le contrat serait résolu, les juges considèrent que cette stipulation n'est qu'un rappel de la règle de l'article 1184 du Code Civil, et qu'elle ne déroge pas au mécanisme de la résolution judiciaire.

Il a été jugé par exemple que dès lors que la clause litigieuse ouvrait, en cas de défaut de paiement de la rente viagère, plusieurs possibilités au choix du vendeur, parmi lesquelles celle de demander la résolution de la vente par décision de justice, la cour d'appel a pu retenir qu'il ne s'agissait pas d'une clause résolutoire de plein droit...

A contre-courant de ces applications restrictives des clauses résolutoires, mais sous couvert du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, il a été jugé par la première chambre civile de la Cour de Cassation que les juges du fond se livrent à une interprétation souveraine de la convention en retenant que le jeu de la clause résolutoire prévue dans un contrat n'était pas subordonné à sa constatation par une décision de justice et qu'en soumettant sa réalisation à cette exigence supplémentaire, une partie ajoute à la convention un élément qui n'y était pas convenu...

Est cassé l'arrêt rendu par une cour d'appel qui est considérée comme tenue de constater la résolution d'une vente alors que le contrat prévoyait seulement le droit pour le vendeur, si bon lui semblait, de 'faire prononcer' à l'encontre des acquéreurs défaillants la résolution de la vente (Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986 : Gaz. Pal. 1987, 2, p.444, note M.R.). En stipulant cette clause, les parties précisent simplement que le créancier ne renonce pas au bénéfice de la résolution judiciaire... »¹²

Dans la décision *Kingtex Ltd and Anor c. Ramsaha Co Ltd* 2005 SCJ 155, les juges Peeroo et Matadeen confirmèrent en appel, en se basant sur un extrait des Pandectes Françaises, Répertoire : Vente Note 2653, que les parties contractantes sont libres de déroger au droit commun de l'article 1184, et de stipuler que la résolution aura lieu de plein droit sans intervention des tribunaux, pour toute inexécution par l'une des parties de ses engagements. Etant une dérogation cependant, la clause résolutoire doit être formellement stipulée, et ce, en termes clairs et non-ambiguës reflétant de façon non-équivoque l'intention commune des parties d'annuler le contrat de plein droit en cas d'une

¹² JurisClasseur, Fasc. 20 : Contrats et Obligations – Obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 8

inexécution spécifiée. La clause résolutoire ne peut être tacite ou implicite, comme indiqué dans l'arrêt *Anderson Ross Holdings Ltd c. The Business Parks of Mauritius Ltd* 2012 SCJ 373 par référence au Jurisclasseur – Code Civil V Contrats et Obligations – Art. 1184, Note 7 :

« ...Les clauses résolutoires ne peuvent être tacites : elles sont nécessairement expresses (Cass. Civ., 17 mai 1954 : Gaz. Pal. 1954. 2 p.82 ; RTD civ. 1954, p. 666, obs. J. Carbonnier).

...les clauses résolutoires doivent être exemptes de toute ambiguïté : les clauses résolutoires doivent être expressément stipulées [...] et doivent exprimer de manière non équivoque, la commune intention des parties de mettre fin de plein droit à leur convention [...] par ailleurs, la mise en œuvre de ces clauses doit respecter le formalisme prévu par les parties...

En règle générale les tribunaux attachent une grande importance aux termes mêmes des clauses résolutoires stipulées par les parties... » (soulignements ajoutés)

Le besoin formel de stipuler une clause résolutoire de plein droit a aussi été confirmé en France par la Cour de Cassation dans son rapport annuel de 1988 (Rapp. C. cass. pour l'année 1988 : Doc. fr. 1988, p.194) : « si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement. » A plusieurs reprises, la Cour de Cassation a rappelé que les clauses résolutoires doivent être exemptes de toute ambiguïté et doivent être expressément stipulées. Une clause résolutoire ambiguë doit être interprétée en faveur de celui qui a contracté l'obligation. Il est précisé en effet dans l'article 1162 du Code Civil Mauricien que dans le doute, il convient d'interpréter la convention en faveur du débiteur. Cette règle devant s'appliquer avec une rigueur accrue dans les contrats d'adhésion ; or, en matière de clauses résolutoires, les tribunaux français exigent un degré particulier de précision dans la rédaction de la clause, ce qui leur laisse un large pouvoir d'interprétation, sous prétexte d'existence d'un doute.¹³ A Maurice, la décision de la cour d'appel *Sewraz Freres c. British American Tobacco* en 2013 (infra) illustre parfaitement l'application de l'article 1162 dans l'interprétation d'une clause résolutoire de plein droit en faveur du débiteur.

B. MODALITES DE LA MISE EN ŒUVRE DES CLAUSES RESOLUTOIRES

1. Les mentions « de plein droit »

Il n'est pas nécessaire que la clause résolutoire contienne les mots précis « de plein droit », comme le démontre l'extrait suivant de l'arrêt *Cavalot c. De Chalain* 1907 MR 42 :

¹³ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire: les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 7

« It is well settled law that unless the resolutive clause conveys clearly that the resolution is to be 'de plein droit' the application must be made in Court, and art. 1184 applies. On the other hand it is equally settled law that there are no sacramental terms required to convey the intention of the parties that the contract will be cancelled 'de plein droit' in default of the performance of certain obligations, that is the parties may use any terms they like, and it is for the Court to determine what was the real intention of the parties as conveyed by those terms. The words 'sera résolu de plein droit' need not be used. »

Cette approche a été reprise et confirmée dans l'arrêt *Sewraz Freres Ltd v British American Tobacco* (la BAT) en première instance en 2010¹⁴. La juge Beesoondoyal, en première instance, a considéré que la clause 7¹⁵ de l'accord en question prévoyait clairement que la BAT avait le droit de résoudre le contrat en donnant un mois de préavis au distributeur, si celui-ci manquait à ses obligations contractuelles. La clause 7 était donc une clause résolutoire de plein droit même si elle ne contenait pas les mots sacramentels tels que « *either party may terminate the contract 'de plein droit et sans sommation'* » :

« I am satisfied that clause 7 of the contract is in the nature of a clause 'résolutoire de plein droit', although it does not contain the sacramental words such as 'either party may terminate the contract de plein droit et sans sommation'. The parties have clearly and in no uncertain terms indicated therein their intention to terminate the contract by giving one month's notice in the event of non-compliance with any of its terms or conditions. The requirement of the one month's notice is such that it rendered impracticable for any of the parties to go to Court to ask for the cancellation of the Agreement and it is indicative of the parties' will to terminate the Agreement 'de plein droit'. Therefore, it would not be correct to say that the termination of the Agreement was unlawful. »

Bien que le jugement fût cassé en appel trois ans plus tard, cet aspect fut quand même approuvé par les juges en appel mais seulement en ce qui concernait la clause 5.3(iii) de l'accord (qui traitait du non-paiement) et non pas la clause 5.1 (qui, elle, traitait du retard de paiement).

2. Les mises en demeure

a. Besoin d'une mise en demeure

Etant donné que la source juridique d'une clause résolutoire est l'intention contractuelle, la question de savoir si une mise en demeure préalable au débiteur est requise pour mettre en œuvre cette dernière réside elle aussi dans la rédaction de la clause, comme le

¹⁴ Voir une analyse détaillée de cette affaire dans la section du mémoire intitulée « L'Abus de Droit ».

¹⁵ « *Should the Distributor fail to comply with any of the terms or conditions of this agreement, the Supplier shall have the right to terminate this agreement by giving one month's notice in writing to the Distributor. »*

démontre l'extrait reproduit du jugement *Anderson Ross Holdings Ltd c. The Business Parks of Mauritius Ltd*, déjà commenté *supra* : « ...par ailleurs, la mise en œuvre de ces clauses doit respecter le formalisme prévu par les parties » Après tout, c'est la clause résolutoire elle-même qui prévoira un ou plusieurs évènements sur lesquels les parties se seraient préalablement mises d'accord. Lorsque lesdits évènements surviennent, ces derniers ouvrent le droit à l'une des parties de résoudre le contrat¹⁶. Dans le jugement *Sewraz Frères v British American Tobacco* en 2013 déjà cité *supra*, la cour d'appel fit référence au commentaire suivant :

« L'opinion dominante paraît fixée en ce sens que notre article en disant dans la définition qu'il donne de la condition résolutoire stipulé dans un contrat 'qu'elle opère la révocation de l'obligation' indique par là que c'est au moment où la condition s'accomplit qu'il y a un droit acquis au stipulant, et qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la justice...En d'autres termes, la clause résolutoire expressément stipulée dans un contrat est de rigueur. »

L'inclusion d'une clause résolutoire dans un contrat a pour conséquence qu'il n'est alors pas nécessaire de recourir à une décision en justice pour demander l'annulation dudit contrat ni même le besoin de mettre le débiteur en demeure, à moins naturellement que le besoin d'en servir ne soit une exigence expressément stipulée dans le contrat.

Le fondement contractuel de l'obligation de mettre en demeure de débiteur de l'obligation avant d'actionner la clause résolutoire a aussi été reconnu par la doctrine française :

« En outre, la rigueur de la clause résolutoire à l'égard du débiteur n'exclut pas la souplesse. En effet ses conditions et ses effets dépendent de la volonté des contractants. La clause résolutoire ne revêt donc pas une forme unique, identique dans tous les contrats. Son contenu varie d'un contrat à l'autre. Ainsi, la clause détermine toujours le mécanisme de la résolution. Elle subordonne généralement la rupture du contrat à l'accomplissement d'une formalité, à l'observation de délais. Mais elle peut également régler les conséquences de la rupture du contrat, en précisant l'étendue de la rupture. »¹⁷ (soulignements ajoutés)

La jurisprudence française adopte la position selon laquelle, en l'absence de stipulations contractuelles particulières, le créancier doit mettre le débiteur en demeure d'exécuter ses engagements (Cass. 1^{re} civ., 3 fevr. 2004, no 01-02.020 : JurisData no 2004-022094 ; Bull. civ. 2004, III, no 27) ; seule une clause expressément formulée par les parties permettrait d'écarter l'exigence d'une mise en demeure du débiteur. Lorsque l'intention des parties ne peut être décelée, il paraît préférable d'adopter, dans le doute, la solution la plus

¹⁶ *Sewraz Freres Ltd c. British American Tobacco, 2013 SCJ 43*

¹⁷ Revue Trimestrielle de Droit Civil 1957, « La clause résolutoire expresse dans les contrats » par Jean Borricand, page 438

favorable pour le débiteur, et ce, conformément à la règle d'interprétation des conventions posée par l'article 1162 du Code Civil Mauricien.

Néanmoins, il existe des inexécutions contractuelles qui, au regard de leur nature, ne requièrent pas le service d'une mise en demeure avant la mise en application d'une clause résolutoire de plein droit. Il en est ainsi, par exemple, si l'obligation prévue par la clause ne pouvait être utilement exécutée que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer ou si l'obligation est une obligation de ne pas faire à laquelle le débiteur a contrevenu.¹⁸

L'arrêt *Girdhari D & Anor c. Guirdharry K* 2005 SCJ 181 (voir *infra*, dans la section "Le comportement des parties") concernait une promesse de vente d'un terrain, le bordereau contenant une clause résolutoire :

« Qu'à défaut de paiement d'un seul terme ou capital à son échéance et ce constate par une simple mise en demeure servie aux frais des acquéreurs et restée sans effet, ces présentes seront en ce cas considérées comme nulles et non avenues de plein droit si bon semble au vendeur et ce en ce cas ce dernier pourra faire les acquéreurs vider les lieux sur un Ordre du Juge en Chambre « Habere Facias Possessionem » et toute somme versée par les acquéreurs resteront acquises au vendeur à titre d'indemnité. »

Les acquéreurs n'ayant jamais été mis en demeure de respecter leurs obligations, la clause résolutoire ne pouvait trouver son application.

b. Formes des mises en demeure

Les mises en demeure ont souvent été considérées dans les arrêts de la Cour Suprême, bien entendu, lorsque la clause résolutoire en question en faisait référence. Dans l'arrêt *Gopal c. Radaelli R* 1990 SCJ 318BIS, le juge Yeung Sik Yuen commenta que le mode utilisé pour servir une mise en demeure a été le sujet d'une interprétation libérale. Faisant référence à l'article 1139, il cita comme exemple l'arrêt de février 1878 (Civ. 19, fevr. 1878, D.P. 78.1.261) : *« une mise en demeure peut résulter d'une simple lettre lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante »*.

Un document sous-seing privé, concernant la vente d'un terrain, fut l'objet d'un appel dans l'arrêt *S.S. Chetty c. Société du Vieux Moulin* 2013 SCJ 238. Il contenait une clause résolutoire en faveur du vendeur : résolution de plein droit faute de paiement du solde de prix après une simple mise en demeure servie aux frais de l'acquéreur. Les mises en demeures en question furent servies sous formes de lettres envoyées par le vendeur à l'acquéreur. Cependant, en appel (d'une décision du juge en chambre rejetant une application de l'acquéreur pour l'empêchement de la vente du terrain), l'acquéreur souleva le grief que la signification des mots « servie aux frais de l'acquéreur » voulait dire

¹⁸ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire: les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 10.

que la mise en demeure devait formellement être servie par huissier. Le recours en appel fut rejeté et la cour se référa à *l'Encyclopédie Dalloz – Droit Civil III – Mise en Demeure, Sect. 3. Formes de la mise en demeure, notes 26 et 27* quant à ce que constituait une mise en demeure :

«26. En principe, et tout au moins lorsque la règle dies non interpellat pro homine¹⁹ n'est pas écartée, le débiteur est constitué en demeure par une sommation ou un autre acte équivalent (C.civ., art. 1139). La loi exige donc, de la part du créancier, une interpellation particulièrement impérative qui, en règle générale, nécessite l'intervention d'un huissier...

27. Par 'acte équivalent' a une sommation, il faut entendre tous les actes qui manifestent solennellement la volonté du créancier de réclamer ce qui lui est dû, c'est-à-dire, d'une manière générale, ceux qui sont de nature à interrompre la prescription...Enfin, la mise en demeure du débiteur peut résulter de la comparution volontaire des parties devant un organisme de conciliation, ou encore de la reconnaissance volontaire par le débiteur du fait qu'il est en demeure, même si cette reconnaissance est contenue dans un acte sous seing privé... »

c. Contenu des mises en demeure

La jurisprudence mauricienne demeure, à ce jour, silencieuse sur le contenu des mises en demeure précédant la mise en application d'une clause résolutoire de plein droit. Il est alors possible de se tourner vers les solutions qui ont été retenues dans la jurisprudence française afin d'en avoir une idée un peu plus claire. Il semblerait que cette dernière impose le fait que la mise en demeure doive non seulement mentionner l'exigence faite au débiteur d'exécuter ses obligations mais aussi l'informer qu'à défaut, le créancier entend se prévaloir de la clause résolutoire :

« Cette sommation peut cependant avoir, dans l'esprit des parties, pour objet non pas de laisser au débiteur un délai pour exécuter ses engagements, mais de manifester la volonté du créancier de se prévaloir de la clause résolutoire : la 'sommation' prévue par la clause a pour but uniquement de constater la résolution du contrat... ; en une telle hypothèse, les parties doivent prévoir non une 'sommation de payer' adressée par le créancier, mais une déclaration notifiée au débiteur, informant cette partie de la résolution du contrat par le jeu de la clause résolutoire de plein droit.

La Cour de cassation précise que, lorsque le contrat prévoit une clause résolutoire avec mise en demeure, cette dernière doit indiquer au débiteur que, faute pour lui de s'exécuter, le créancier mettra en jeu la clause résolutoire (Cass. 3^e civ., 1^{er} juin 2011, no 09-70.502 : JurisData no 2011-010206 ; JCP E 2012, no 2, 1027, note J.-B. Seube ;

¹⁹ L'échéance du terme ne vaut pas mise en demeure.

JCP G 2011, no 42, 1141, note P. Grosser ; Constr.-Urb. 2011, comm. 129, obs. Ch. Sizaire). En l'espèce, la clause d'un bail à construction précisait que 'le bail pourra être résilié de plein droit pour défaut de paiement de son prix, si bon semble au bailleur, un mois après un simple commandement de payer ou mise en demeure d'exécuter demeures infructueux'. Le bailleur avait mis en demeure le locataire de payer, sans toutefois lui indiquer que, à défaut de paiement, il entendait se prévaloir de la clause résolutoire. La Cour de cassation considère que la mise en demeure, qui n'évoquait pas la sanction de résiliation, était inhabile à faire produire effet à la clause résolutoire aux motifs que la cour d'appel a pu retenir, 'sans dénaturer la clause, que son acquisition supposait non seulement une mise en demeure du débiteur de l'obligation mais encore la manifestation par le bailleur de son intention de s'en prévaloir'. »²⁰

Il est dit que les clauses résolutoires qui stipulent que la résolution aura lieu de plein droit et sans sommation ni formalité sont les plus préjudiciables pour le débiteur, surtout quand celui-ci est la partie économiquement la plus faible au contrat, d'autant plus que ces dernières leur sont généralement imposées dans les contrats d'adhésion. En effet, dans le cadre de ces contrats, la résolution peut intervenir uniquement lors d'une inexécution d'une obligation très secondaire de la part de l'adhérent, ou alors pour un manquement simplement partiel à un engagement. Il est important de souligner qu'en droit mauricien, les juges sont détenteur d'un pouvoir modérateur (mais seulement *a posteriori*) afin de sanctionner tout abus de droit ou de mauvaise foi émanant du créancier. De telles clauses peuvent aussi être dangereuses pour le créancier, qui ne peut en principe pas renoncer au jeu de la clause résolutoire dès lors que l'évènement décrit par la clause s'est réalisé : le contrat étant automatiquement anéanti, il faudrait un nouvel accord de volonté entre les parties pour recréer une situation contractuelle.²¹

L'avant-projet Catala²² accorde, dans ses nouveaux articles proposés relatifs aux clauses résolutoires, un rôle prépondérant aux mises en demeure dans ses articles 1158 et 1159. L'article 1158 de l'avant-projet implique la codification de la résolution unilatérale du créancier, mais après service d'une mise en demeure restée infructueuse et notification subséquente de la résolution par le créancier. L'article 1159 de l'avant-projet prévoit que, lorsqu'un contrat n'a pas clairement prévu que la résolution interviendrait sans sommation lorsqu'un évènement se produit, la résolution sera alors subordonnée à une mise en demeure restée infructueuse, et celle-ci ne sera efficace que si elle rappelle en termes apparents la clause résolutoire.

²⁰ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 10.

²¹ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 11.

²² Avant-projet de réforme du droit des obligations (22 septembre 2005)

3. Option du créancier

En droit français, tant que la résolution du contrat n'a pas été définitivement acquise par le jeu de la clause résolutoire, le créancier de l'obligation inexécutée a une double option : d'une part, il est en mesure de choisir entre l'exécution forcée du contrat d'une part ou, d'autre part d'opter pour la mise en œuvre de la clause résolutoire. Le créancier peut renoncer au jeu de cette clause et poursuivre en justice la résolution sur le fondement de l'article 1184 du Code Civil. Il peut en effet exister des situations dans lesquelles le créancier préférerait de se prévaloir de la résolution judiciaire plutôt que de la clause résolutoire. Une illustration serait par exemple lorsque la procédure pour la mise en place et application de la clause résolutoire est elle-même longue et formaliste.²³

La mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit bénéficie plus généralement au créancier de l'obligation (étant la partie non-défaillante) et non au débiteur (qualifié comme étant la partie défaillante). Autrement, le débiteur se fierait sur son propre manquement de ses obligations contractuelles afin de provoquer la résolution du contrat :

« ... enfin et surtout, le créancier dispose du droit d'option que l'article 1184 alinéa 2, du code civil reconnaît à tout créancier d'une obligation inexécutée. L'inexécution prévue par la clause ne saurait être assimilée à une condition résolutoire ordinaire – événement fortuit, en tout cas exclusif de toute idée d'inexécution – dont la réalisation entraîne ipso facto la résolution du contrat. Aussi s'explique-t-on que seule la victime de l'inexécution puisse invoquer la résolution du contrat. Le débiteur ne saurait se prévaloir de sa propre défaillance pour faire jouer la clause à son profit. Si l'on admettait la solution contraire, le sort du contrat serait entre les mains du débiteur puisque celui-ci aurait la possibilité d'y mettre fin en manquant à ses engagements. Or il serait injuste que le débiteur puisse se créer un droit par l'inexécution de ses propres obligations. La clause résolutoire de plein droit ne peut être considérée comme conférant à la partie défaillante la faculté de prendre l'initiative de la rupture. Mais si le débiteur ne peut imposer la résolution du contrat, en revanche le créancier est en droit d'exiger son exécution. La stipulation d'une clause résolutoire ne saurait être considérée comme impliquant la renonciation de son bénéficiaire à la sanction normale de l'inexécution. Le créancier peut donc choisir librement entre la résolution du contrat et la poursuite en exécution...La faculté d'option ne disparaît qu'en cas de renonciation formelle de sa part à exiger soit la résolution soit l'exécution. »²⁴

²³ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 18 et n. 22.

²⁴ Revue trimestrielle de Droit Civil 1957, « La clause résolutoire expresse dans les contrats » par Jean Borricand, page 448.

La jurisprudence mauricienne rejoint cette solution, dont l'illustration en est faite dans la décision *Seebaruth c. Naranjee* 1975 SCJ 97. En l'espèce, la clause résolutoire de plein droit prévoyait que « *Le preneur accepte qu'à défaut de paiement d'un terme de loyer, le présent bail sera considéré nul de plein droit* ». La cour d'appel décida que dans un tel cas, le contrat ne serait pas considéré comme étant résolu tant que la partie invoquant la clause litigieuse n'aurait pas exprimé son intention d'exercer son droit. Ceci est effectué normalement par une notification servie à la partie défaillante :

« In such a case however, the contract will not be considered as having been cancelled until the party invoking the clause has expressed his intention to exercise his right. This is usually done by serving a notice on the other party. »

Les juges d'appel considérèrent que les faits suivants avaient été prouvés/admis :

- Le contrat de bail entre les parties contenait une clause résolutoire claire et valide.
- Le preneur avait failli à payer deux années de loyer.
- Le bailleur était donc permis à invoquer la clause résolutoire et de considérer le bail comme étant résilié. Cependant, ce dernier ne notifia pas son intention de résilier le bail au preneur mais poursuivi celui-ci, réclamant le loyer impayé et une demande de résiliation du contrat de bail.
- Cette poursuite judiciaire avait pour effet de signifier clairement au preneur l'intention du bailleur de résilier le bail et donc pour finalité la résiliation du contrat entre les deux parties.
- Il a donc été considéré par les juges que le bailleur n'avait failli à aucune de ses obligations envers le preneur en vendant le terrain litigieux à une tierce personne car au moment même de cette vente le contrat de bail avait déjà été résilié.

Cet arrêt démontre donc qu'il appartient à la partie non-défaillante de choisir de se prévaloir de la clause résolutoire. Cette solution est logique car une clause résolutoire de plein droit existe pour le bénéfice du créancier de l'obligation et il appartient à celui-ci d'opter s'il souhaite ou non s'en prévaloir. Cependant, il serait judicieux du point de vue du créancier, d'indiquer au plus tôt son intention de mettre en œuvre la clause résolutoire, ainsi que les raisons qui motivent cette décision – s'il laisse perdurer une situation de défaillance à l'obligation contractuelle émanant du débiteur, il s'exposera potentiellement à une décision de justice qu'il a agi en abus de droit lorsqu'il décidera éventuellement d'actionner la clause résolutoire.

C. L'INTERPRETATION STRICTE DES CLAUSES RESOLUTOIRES ET LE ROLE DU JUGE

Les clauses résolutoires de plein droit doivent être regardées comme étant des actes juridiques privés dépourvus des garanties attachées aux sanctions judiciaires. Pour protéger les intérêts des débiteurs, les juges français se livrent à une interprétation stricte des clauses résolutoires, ce qui restreint considérablement la portée de ces stipulations contractuelles. Il y va aussi de soi que la mise en œuvre de ces clauses doit respecter le formalisme prévu par les parties.²⁵ Le principe d'interprétation stricte et la rigueur de l'interprétation française des clauses résolutoires de plein droit se reflètent aussi largement dans la jurisprudence de la Cour Suprême mauricienne.

En 1866, le chef juge alors en fonction avait tranché dans l'arrêt *Crédit Foncier of Mauritius c. DHotman & Ux. In re : cessio bonorum* 1866 MR 28, sur la portée d'une clause résolutoire dans un contrat de bail qui se lisait comme suit :

« Qu'à défaut de paiement, de la part des preneurs, d'un semestre de loyer ci-dessus stipulé, et ce dans les trois mois qui suivront son échéance, le présent bail sera résilié de plein droit, si bon semble à la bailleuse, sans aucune autre formalité qu'une simple mise en demeure, après laquelle la dite bailleuse pourra se faire mettre en sa possession du terrain présentement loué, tel qu'il se trouvera alors, mais sans cependant perdre son recours contre les preneurs pour raison des loyers échus et pour tous dommages intérêts qu'elle croirait devoir leur réclamer. »

Plusieurs éléments de cette décision ont leur importance. Dans un premier temps, le chef juge d'alors fut d'avis que même en présence d'une telle clause résolutoire de plein droit, le preneur devrait avoir la possibilité de saisir une cour de justice et insister pour que la résolution soit prononcée par la cour, et ce, dans un intérêt de sauvegarde de ses intérêts afin que les juges du fond déterminent les faits. Pour reprendre ceux de la décision citée à titre d'exemple, est-ce que le loyer n'avait effectivement pas été payé au terme des échéances telles que fixées par les stipulations contractuelles ? Ou encore est-ce que les conditions de la mise en œuvre de la clause résolutoire étaient satisfaites ? La deuxième considération du chef juge porta sur une interrogation quant aux pouvoirs du juge face à de telles ces circonstances : en effet, ce pouvoir était restreint et limité à l'application des termes exprès de la clause résolutoire et le juge ne pouvait accorder de délai au preneur, car cela équivaldrait à réécrire le contrat fait entre les parties :

« In such a case, it is plain that the Judge's power is much restricted. We do not find ourselves any longer under the provisions of Art. 1183 of the Code. The Court has not to deal with a lease in which a clause of annulment is understood to be in law embodied. There is a special clause in the lease itself. – The Court has no authority

²⁵ JurisClasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérégations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, n. 7.

therefore to grant time or a fresh term to the tenant, as it would if there had been no special clause, and if the circumstances had, in the opinion of the Judge, been favourable to the tenant. To grant such a delay would be to make a new contract for the parties which a Court of Justice has no authority to do.

It must cause the contract to be executed, as it stands, but of course looking carefully at what the real facts of the case are, and keeping in view the position in which the parties actually stand toward each other on the facts which may have been ascertained in evidence. »

Le chef juge fit en l'espèce référence à la proposition suivante : « *Les juges ne doivent pas voir, en thèse générale, une cause suffisante de résiliation dans un retard de peu de temps. Ils se rappelleront le conseil du jurisconsulte Paul [nihil ex obligatione, paucorum dierum mora mineure]²⁶».* Dans les faits cependant, il décida de ne pas reposer sa décision sur cet adage. Il estima qu'avant l'expiration du délai de trois mois après l'échéance du paiement de loyer et toute mise en demeure, une offre valable de paiement avait été faite par Crédit Foncier of Mauritius à la bailleuse. Cette dernière était restée cependant passive face à cette offre, suite à quoi elle insista à mettre en demeure afin récupérer la possession de son terrain. Elle ne pouvait donc pas en l'espèce se prévaloir de la clause résolutoire prévu au contrat de bail.

Dans une autre décision en date de 1975, *Beenseesreesingh c. Sawmy* 1975 MR 142, le demandeur fit grief devant le juge en chambre afin d'obtenir un ordre *habere facias possessionem* dans l'optique de reprendre possession d'un terrain lui appartenant. En l'espèce, le demandeur et le défendeur, alors preneur du terrain de son cocontractant louait un terrain à bail pour la culture. Le contrat de bail stipulait l'obligation pour le preneur de cultiver vingt arpents chaque année mais le bailleur avait cultivé seulement un peu plus de 18 arpents annuellement. La clause résolutoire prévoyait :

« Qu'à défaut de paiement du loyer annuel à son échéance ou en cas d'inexécution par le preneur de l'une quelconque des conditions du présent bail et quinze jours après une simple mise en demeure de payer ou d'exécuter resté sans effet et faite aux frais du preneur, le présent bail sera résilié de plein droit si bon semble au bailleur qui pour reprendre possession de ses terrains, devra obtenir un writ 'Habere Facias Possessionem' d'un Juge en Chambre sur la production de ladite mise en demeure. »

Les juges de la cour d'appel conclurent que dès qu'il était admis que le défendeur n'avait pas cultivé 20 arpents, l'inexécution contractuelle était alors avérée, cette question ne fit pas débat et le juge en chambre était alors en droit et même obligé d'appliquer les termes du contrat de bail. En l'occurrence, le preneur n'ayant pas cultivé les 20 arpents tous les

²⁶ Il n'y avait pas une obligation, un retard mineure quelques jours

ans, le bailleur pouvait reprendre possession de son terrain. Les juges d'appel citèrent le Nouveau Code Civil Annoté de Dalloz :

« n. 156. Mais, en tout cas dès que le débiteur a été mis en demeure si l'exécution n'a pas lieu sur l'heure, la résolution devient irrémédiable, et le juge ne peut plus accorder de délai. »

n. 157. Ainsi jugé...que la condition résolutoire stipulée pour inexécution d'une obligation de faire résout de plein droit la convention, lorsqu'elle se trouve accomplie, sans que les juges puissent la considérer comme simplement comminatoire, ni accorder un délai au débiteur.

n.158. Que la clause d'un bail portant qu'à défaut de paiement d'un seul terme de loyer, ce bail sera résilié de plein droit, après un commandement non suivi de paiement dans un certain délai, sans autre formalité, est licite, et ne permet pas aux juges d'accorder au débiteur le délai de grâce autorisé par l'art. 1244.

n.159. D'une manière générale, que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de modérer la rigueur des clauses résolutoires ou des pactes commissaires lorsque les parties ont stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit. »

Même en 1975, les juges de la cour suprême semblaient divisés sur l'application de l'adage « *De minimis non curat lex* », bien que la décision *Beeneesreesingh c. Sawmy* déjà citée soit l'exception à ce postulat. Cet adage permettrait peut-être aux juges de ne pas imposer une application *stricto sensu* de la clause résolutoire face à une inexécution contractuelle minimale. Le passage suivant du jugement illustre la position des juges Garrioch et Rault dans l'arrêt *Beeneesreesingh* :

« The result may seem harsh on the tenant, and we have asked ourselves what the position would have been if instead of planting between 18 and 19 arpents each year he had planted, say, 19 arpents 90 perches. Although there is some authority to the contrary, we do not exclude the possibility that in such a case the Court might apply the maxim "De minimis non curat lex". But the maxim cannot be invoked on the facts of the present case. The breach of contract is sufficiently substantial to extend to the case in which the parties, with their eyes open, have agreed that the contract would be annulled. As all the conditions precedent to cancellation of the lease have been fulfilled, the learned judge was finally right when he held that he had jurisdiction, and decided to grant the writ habere facias possessionem. »

Les juges du fond n'auraient donc pas le pouvoir de modérer les clauses résolutoires, comme confirmé dans l'arrêt *Seament International S.A.L. c. The State Trading Corporation* 2000 SCJ 137 :

« Furthermore the court has no power to tone down the terms of an express resolatory clause which has to be strictly construed...I find in this respect apposite Nouveau Code Civil Art. 1184 note 159 : ‘...D’une manière générale, que les tribunaux n’ont pas le pouvoir de modérer la rigueur des clauses résolutoires ou des pactes commissaires lorsque les parties ont stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit – Bordeaux, 2 juill. 1894, D.P. 95.2.316 »

Dès que les conditions d’une clause résolutoire sont remplies, le rôle de la cour suprême (y compris celui d’un juge des référés) est de s’assurer que les conditions prévues dans le contrat pour l’annulation ont bien été remplies et, si oui, prononcer la résolution et ordonner les mesures appropriées afin de fixer les conséquences de l’annulation. C’est cette position qui a été adoptée dans la décision *Anderson Ross Holdings Ltd c. The Business Parks of Mauritius Ltd* 2012 SCJ 373, par référence au JurisClasseur, Notarial Répertoire de Droit Civil (Art. 1184) – Vo Contrats et Obligations, Note 32 (« Automatismes de la résolution ») :

« S’il est saisi d’une demande tendant à la constatation de la résolution de plein droit, le juge des référés ne peut que constater les manquements qui ont été visés dans la sommation ou le commandement invoquant la clause résolutoire (Cass. 1^{er} civ., 18 juill. 1966, 1, No. 434) ; il ne peut apprécier si l’infraction retenue présente un caractère de gravité suffisant à justifier la résolution (Cass. 3^e civ, 27 juin 1984 : Rev. Loyers 1984, p.421)...

Le juge ne peut non plus suspendre l’application de la clause résolutoire qui a déjà produit ses effets (Cass 3^e civ., 21 oct. 1980 : Gaz. Pal. 1981, 1, somm. P.63. – CA Versailles, 9 oct. 1978 : Gaz. Pal. 1979, 1, somm. P. 269... »

Cela a aussi été confirmé dans l’arrêt *Sustainable Properties Management Ltd c. Rose Belle Sugar Estate Board* 2014 SCJ 281 sur la base des extraits suivants de *Jurisclasseur Civil Contrats et Obligations Article 1184 Fasc 20 Note 42* :

« Mesures d’exécution....Le créancier ne demande pas alors au juge de prononcer la résolution puisque celle-ci étant encourue de plein droit, a déjà joué. L’action introduite, qui est une action aux fins d’expulsion, une action en revendication ou en restitution, n’est pas nécessairement intentée devant les juges du fond : le créancier peut s’adresser au juge des référés ou au juge de l’exécution. Ces juges, qui peuvent prononcer la résolution judiciaire..., sont au contraire systématiquement saisis en cas de contentieux soulevé par l’application d’une clause résolutoire : le caractère simple et expéditif de la procédure du référé ou de l’exécution se révèle avantageux pour le créancier.

Le rôle du juge des référés ou du juge de l’exécution est alors double : d’une part le juge constate que les conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire sont

effectivement réunies ; d'autre part, le juge prend les mesures d'exécution résultant de l'anéantissement du contrat. »

Associé à l'interprétation stricte des clauses résolutoires est le fait que les juges n'accepteraient pas qu'une latitude accordée par le créancier au débiteur équivaldrait nécessairement à une renonciation de la clause résolutoire. Il n'y aurait de telle renonciation qu'en présence d'une manifestation d'intention à cet effet de la part du créancier. En ce sens, la décision *Anderson Ross (supra)*, citant les sources françaises suivantes illustre parfaitement ce propos :

Juris-Classeur – Civil Code, Notarial Répertoire Vo Contrats et Obligations Art.1184 – Renonciation Initiale, Notes 20 et 21 :

« ...La renonciation ne se présume pas, elle doit expressément résulter d'une manifestation claire et précise de volonté de la part du titulaire du droit (Cass. 1^{re} civ., 21 mars 1995, Calara c/Bouquier, no. 93 – 12.177).

...Aussi la Cour de Cassation exige-t-elle que la volonté du créancier de renoncer soit certaine et résulte d'actes non équivoques ou de faits qui l'impliquent nécessairement...

...En revanche, une inaction momentanée du créancier ou son abstention n'implique pas forcément qu'il ait renoncé...Il en va de même pour une inaction prolongée surtout s'il n'y a aucun signe positif de renonciation. »

Dans certains cas, les juges du fond ont aussi la possibilité, lorsqu'ils interprètent des conditions de la résolution, de se référer aux articles 1175²⁷ et 1176²⁸ du Code Civil Mauricien. Dans l'arrêt *Seament International S.A.L c. The State Trading Corporation (supra)*, le demandeur avait contracté avec le défendeur, une entité étatique, pour la provision d'une facilité flottante de déchargement de ciment (« *floating cement terminal* »). Si le demandeur se trouvait dans l'incapacité de fournir sa prestation contractuelle de par le fait que le défendeur n'aurait pas mis à sa disposition les infrastructures nécessaires au port, le demandeur était en mesure de réclamer des pénalités non négligeables de délai et mesurées au jour. Un délai s'étant produit entre octobre 1995 et janvier 1996, les parties contractèrent en aout 1996 une seconde convention de par laquelle le défendeur s'engagea à céder l'ensemble de ses actions qu'il détenait dans une société ayant trait au débarquement terrestre de ciment (CTC Ltd) au demandeur. La seconde convention contenait une clause résolutoire rédigée comme suit :

²⁷ « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fut. »

²⁸ « Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un évènement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'évènement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'évènement n'arrivera pas. »

« the failure of the defendant, inter alia, to complete the aforesaid sale of its shares in CTC Ltd would terminate the second contract and give full force and effect to the original contract without prejudice to any accrued or future rights and obligations of the plaintiff under the original contract. »

Lorsque deux autres actionnaires de CTC Ltd décidèrent d'exercer leurs droits de préemption afin d'acquérir les actions du défendeur (et effectuèrent le paiement pour ces acquisitions, tout en s'opposant au transfert de ces actions au demandeur), il était certain que le défendeur serait dans l'incapacité de transférer ses actions dans la société CTC Ltd au demandeur et que la condition résolutoire pouvait donc porter ses fruits. Le demandeur était, de ce fait, autorisé à poursuivre afin de se voir alloué ses compensations financières sous le régime du premier contrat qui avait été conclu entre les parties.

D'autre part et faisant référence aux articles 1175 et 1176 du Code Civil Mauricien, la juge Narayen rejeta aussi un argument du défendeur selon lequel la clause résolutoire ne fixait pas de date butoir pour le transfert d'actions dans la société CTC Ltd au demandeur – la nature du contrat et les circonstances l'entourant, y compris le coût pour la mise à disposition au défendeur une facilité flottante ainsi que les pénalités lourdes découlant de l'inexécution du défendeur ne pouvaient qu'indiquer l'urgence dans laquelle le transfert d'actions devait se réaliser (*« time was of the essence »*). La juge fit référence lors de ses conclusions à ce qui était mentionné dans l'Encyclopédie Dalloz, Verbo Conditions, n.80 :

« En pratique comme il n'est pas possible de laisser indéfiniment les parties dans l'incertitude, les juges ont un grand pouvoir d'appréciation pour déterminer si un long retard dans la réalisation de la condition peut faire supposer sa défaillance. »

La décision *Seament* illustre donc le pouvoir du juge de ne pas laisser les parties dans l'incertitude et de déterminer si un long retard dans la réalisation de la condition doit supposer la défaillance.

Malgré le souci de protection du débiteur qui justifie l'interprétation stricte, celle-ci peut dans certaines circonstances avoir des conséquences qui semblent injustes pour le débiteur. Cela n'est mieux démontré que par les faits et la décision dans l'arrêt *Eradhun c. Cassim* 2010 SCJ 145.

En l'espèce, dans le cadre d'une promesse de vente en date du 7 mai 2001, le défendeur avait convenu de vendre au demandeur une portion de terrain pour le prix de 1,500,000 roupies. Le paiement avait été échelonné et il avait été convenu entre les parties que le demandeur paierait dans un premier temps un dépôt de garantie d'un montant de 600,000 roupies le 7 mai 2001. Le solde de 900,000 roupies pour ensuite payer en 8 tranches de 112,500 roupies chacune, tous les trois mois à partir du 7 août 2001. Le demandeur effectua le paiement du dépôt de 600,000 roupies et la première tranche de 112,500 roupies le 2 août 2001. Par la suite, il négligea de payer à leurs échéances respectives les

trois tranches de novembre 2001, février 2002 et mai 2002. Cependant, il procéda en juillet 2002, au paiement du solde du prix de vente restant en un seul et unique paiement par chèque bancaire déposé chez le notaire. Il est important de souligner que ce paiement du solde fut effectué bien avant l'échéance ultime de mai 2003 pour le paiement de l'intégralité du prix. La clause 2 de la promesse de vente, qui était la clause résolutoire litigieuse stipulait :

« Qu'à défaut par l'acquéreur de payer le sus dit solde de prix de la présente promesse de vente aux échéances sus fixées, la présente promesse de vente sera considérée comme résilié de plein droit par le seul défaut d'exécution de la part de l'acquéreur, et dans ce dernier cas, les vendeurs conserveront toutes sommes versées sur le prix de la présente à titre d'indemnité. »

L'avocat du demandeur, dans sa plaidoirie, avança qu'étant donné que toutes les sommes avaient été payées, l'ensemble des conditions de la promesse de vente avaient donc été satisfaites et ce, depuis juillet 2002. Il ajouta que la promesse de vente devait être lue dans son intégralité afin de cerner la réelle l'intention des parties ainsi que la conséquence du retard de paiement d'une des tranches était déjà prévue dans le contrat (notamment, le recouvrement des frais d'avoué équivalent à dix pour cent de la somme recouverte).

Le juge Angoh rejeta ces arguments et considéra qu'une interprétation stricte de la clause résolutoire devait prévaloir. Il confirma qu'il n'avait pas le pouvoir de modérer une telle clause et ne pouvait ainsi que constater que les conditions de son application étaient belles et bien remplies. Il alla même plus loin en considérant que dans ce cas de l'espèce, une mise en demeure n'était même pas requise au regard de la rédaction de la clause qui n'en prévoyait pas l'obligation. Le défendeur était donc en droit de résilier la promesse de vente.

L'arrêt *Eradhun c. Cassim* laisse transparaître des conséquences vraisemblablement dures et inévitables subies par le demandeur du fait d'une interprétation (et d'une application) peut être trop stricte et trop rigide de la clause résolutoire :

- En l'espèce, la volonté du demandeur de payer le solde du prix de vente ne faisait pas défaut, une volonté illustrée par le dépôt du chèque bancaire auprès du notaire et dont le montant s'élevait au solde du prix du prix restant à payer afin que la vente soit parfaite.
- Le défendeur, de par la rédaction de la clause résolutoire, pouvait conserver la somme de 712,500 roupies (les 600,000 roupies payées le 7 mai 2001 et la première tranche de 112,500 roupies payée en août 2001) comme indemnité tout en gardant sa portion de terrain, avec la possibilité de la revendre à un prix plus élevé ;

- Si le défendeur avait accepté le chèque bancaire, il aurait reçu l'intégralité du prix presque un an avant l'échéance initialement prévue entre les parties dans la promesse de vente ;
- Bien que le demandeur ait démontré toute son intention de payer l'intégralité du prix, et ce avant l'échéance convenue dans la promesse de vente, il fut malgré tout pénalisé pour avoir failli au paiement de quelques tranches telles que fixées par les stipulations de la promesse de vente.

Cette rigidité de l'interprétation stricte ainsi que les préjudices qu'elle peut, selon les cas, entraîner, fait donc naître la nécessité d'un pouvoir modérateur des juges du fond. Ce pouvoir modérateur représenterait une dérogation à l'interprétation (et l'application) stricte et servirait à empêcher l'abus des clauses résolutoires de plein droit lorsque les circonstances le requièrent. Comme il le sera analysé dans la troisième partie de ce mémoire, les juges mauriciens ont d'ores et déjà commencé à appliquer un tel pouvoir modérateur en se servant de mécanismes tels que l'abus de droit, le comportement des parties et la bonne foi.

D. RECAPITULATIF DES PRINCIPES APPLICABLES PAR RAPPORT AUX CLAUSES RESOLUTOIRES

La juge Chui Yew Cheong dans l'arrêt *Sustainable Properties Management Ltd c. Rose Belle Sugar Estate Board* 2014 SCJ 281 a succinctement énuméré les principes saillants du Code Civil Annoté Article 1184 :

- Une clause plus commune est celle dite du pacte comissoire exprès, c'est-à-dire celle par laquelle les parties conviennent expressément que le contrat sera résolu, si l'une ou l'autre ne satisfait pas aux obligations qu'il lui impose.
- Il y a, en second lieu, le cas où les parties ont stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit en cas d'inexécution des obligations. Une telle clause, n'ayant rien de contraire à l'ordre public²⁹ ni aux bonnes mœurs, est considérée aujourd'hui comme parfaitement licite et efficace.
- Dès que le débiteur a été mis en demeure, si son exécution spontanée n'a lieu sur l'heure, la résolution devient irrémissible, et le juge n'est pas en mesure d'accorder de délai supplémentaire.
- La condition résolutoire stipulée pour inexécution d'une obligation de résoudre de plein droit la convention, lorsqu'elle se trouve accomplie, sans que les juges

²⁹ Voir aussi à cet effet l'arrêt *Dumar Lutchmee Kant c. The Ministry of Housing and Lands et Rajeev Jangi* 2015 SCJ 292

puissent la considérer comme simplement comminatoire, ni accorder un délai au débiteur.

- D'une manière générale, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de modérer la rigueur des clauses résolutoires ou des pactes commissaires lorsque les parties ont stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit.
- La convention stipulant qu'en cas de retard dans le paiement des intérêts, le capital sera exigible de plein droit et sans mise en demeure, n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs. Cette dernière se doit d'être strictement exécutée sans que l'intervention du juge ne soit nécessaire. D'autre part, lorsqu'il a été stipulé que la condition résolutoire aurait lieu de plein droit et sans mise en demeure, toute sommation est inutile, même lorsque le paiement doit se faire au domicile du débiteur.
- Il n'y a pas de formule sacramentelle imposée pour exprimer que la résolution doit avoir lieu de plein droit, et quand il s'agit de déterminer ce que les parties ont voulu, il faut surtout prendre en considération les circonstances dans lesquelles le contrat a été passé.

II. VERS UN POUVOIR MODERATEUR DES JUGES DU FOND

A. L'ABUS DE DROIT

1. Les arrêts *Sewraz Frères c. BAT (2010 et 2013)*

L'arrêt *Sewraz Frères Ltd (in receivership) c. British American Tobacco* 2013 SCJ 43 a marqué un tournant dans la jurisprudence mauricienne en ce qui concerne l'application des clauses résolutoires. En l'espèce, les frères Sewraz avaient depuis 1940 agi comme distributeur de produits à base de tabac de la BAT. En 1959, la société Sewraz Frères reprit ce commerce et celui-ci changea de nouveaux de mains lorsque la société Sewraz Frères Ltd le reprit en 1970. En janvier 1994, la BAT rédigea un accord de distribution et le fit signer par tous ses distributeurs à Maurice. Ce contrat renouvelable d'une durée de deux ans spécifia qu'il remplaçait tous les accords antécédents entre les parties.

La clause résolutoire se trouvait dans la clause 7 de l'accord de 1994 :

"Should the Distributor [Sewraz Frères Ltd] fail to comply with any of the terms or conditions of this agreement, the Supplier [BAT] shall have the right to terminate this agreement by giving one month notice in writing to the Distributor."

Cette dernière prévoyait que la BAT pouvait donc résoudre l'accord en donnant un mois de préavis à son cocontractant si ce dernier manquait à quelque obligation stipulée au contrat. En l'espèce, les clauses litigieuses dans cette affaire concernaient les modalités de paiement par le distributeur à la BAT :

« 5.1 Terms of Payment

Unless otherwise agreed with the Supplier's Management regarding advanced deliveries of goods at some specific periods, goods sold to the Distributor shall be settled by the following day before 11.00am or if such a day is a Saturday, Sunday or Public Holiday, on the next working day. Interest of 1% above the commercial bank rate will be charged to and payable by the Distributor on any overdue accounts. The Supplier may at any time review the above terms and conditions and shall notify same in writing to the Distributor.

5.3 Non-payment of outstanding invoices

In case of non-payment of outstanding invoices, the Supplier reserves the right:

(i) to suspend all credit facilities and/or deliveries to the Distributor;

(ii) to take any legal action for the recovery of all outstanding amounts due by the Distributor. All the legal commissions and related charges will be payable by the Distributor to the Supplier's Attorney-at-Law;

(iii) terminate this agreement without paying any damages or compensations whatsoever as a consequence thereof to the Distributor. »

Sewraz Frères Ltd avait entre janvier 1994 et début février 1996 payé la BAT avec un peu de retard, notamment dû aux délais de décaissement des chèques émis par le distributeur. Lorsque le distributeur remit un chèque d'environ 1 millions de roupies le 5 février 1996 à la BAT, celle-ci tenta d'effectuer avec sa banque une procédure spéciale de décaissement du chèque (*special clearance*) pour obtenir les fonds le même jour, sans succès. Ce fut la première fois que la BAT utilisait une telle procédure de décaissement durant toutes les années de collaboration avec les différentes entités Sewraz, cela alors même que le distributeur avait lui-même payé plus de 18 millions de roupies depuis la signature de l'accord en 1994 non sans quelques jours de retard en certaines occasions. La BAT déposa le 7 février 1996 un préavis tel que prévu à la clause 7 de l'accord fondé sur le fait que plusieurs chèques n'avaient pas été payés lorsqu'ils étaient présentés à la banque et qu'une telle situation constituait un manquement à la clause 5. Ironiquement, le chèque remis le 5 février 1996 fut dument décaissé le lendemain 6 février 1996 à 9h30 du matin.

Sewraz Frères Ltd intenta action judiciaire contre la BAT pour manquements aux Articles 16, 1134 et 1135 du Code Civil Mauricien, ainsi que pour abus de droit tel que disposé à l'article 17 du même Code. Pour sa défense, la BAT se reposa essentiellement sur la clause 5.3 (iii) relative au non-paiement.

En première instance, la juge donna gain de cause à la BAT. Elle considéra que malgré le fait que la défense de la BAT faisait référence à la clause 5.3 (iii), la notification de résolution du 7 février 1996 elle se référait génériquement à la clause 5. Elle en déduit que les preuves démontraient clairement que la BAT s'était aussi appuyée sur la clause 5.1. Poursuivant son raisonnement, elle décida que même si la clause 5.1 imposait déjà une conséquence du retard de paiement (paiement des intérêts), la clause 7 était une clause résolutoire de plein droit qui donnait le choix à la BAT soit d'insister sur le paiement des intérêts, ou de décider de résilier l'accord. La demande de Sewraz Frères Ltd fut donc rejetée et celle-ci contesta le jugement en appel sur trois motifs :

- La juge avait conclu à tort que la BAT n'avait pas failli à la clause 5 de l'accord et qu'elle était dans son droit de résilier l'accord ;
- Qu'en décidant que l'accord de 1994 était un nouveau contrat et qu'en ne tenant pas compte de la longue relation commerciale entre la BAT et les entités Sewraz à différentes époques, la juge avait considéré à tort que la résiliation par la BAT n'était pas abusive ; et

- En troisième lieu il a été fait grief à la décision de la juge d'avoir estimé que la BAT avait résilié l'accord de plein droit alors que celle-ci aurait dû avoir recours à une résolution judiciaire.

La cour d'appel (composé du chef juge Yeung Sik Yuen et du juge Chan Kan Cheong) renversa le jugement de première instance et accorda 3 millions roupies de dommages et intérêts à Sewraz Frères Ltd. Elle rejeta le troisième motif d'appel car elle conclut (comme la juge de première instance) que la clause 7 était une clause résolutoire de plein droit.

La cour d'appel s'appuya sur deux piliers de raisonnement, d'une part elle favorisa une interprétation en faveur du distributeur et d'autre part elle qualifia les différents éléments factuels afin de prononcer l'abus de droit par la BAT.

Sur la question d'interprétation, les juges d'appel commencèrent par caractériser l'accord de 1994 en « contrat d'adhésion », car la BAT l'avait rédigé et ne laissait aucune marge de manœuvre à ses distributeurs afin d'en négocier les termes :

« We are of the opinion that the 'agreement' between the parties is in the nature of a 'contrat d'adhésion' which is described in Marty & Raynaud, Droit Civil, Tome II, 1^{er} volume at para. 116 as follows :

'on a proposé d'appeler contrats d'adhésion, ces contrats devenus nombreux et importants aujourd'hui, dont la conclusion n'est pas précédée d'une discussion entre les parties. Les clauses de la convention ont été établies par une des parties qui les offre de façon permanente au public ; ces clauses sont, le plus souvent, imprimées à l'avance, elles ne peuvent être qu'acceptées purement et simplement et n'appellent qu'une adhésion pure et simple. De tels contrats se caractérisent par le procédé de la pré-rédaction unilatérale ; ils aboutissent à une unification, à une standardisation de certaines relations contractuelles.' »

Ensuite, ils firent référence à l'article 1162³⁰ du Code Civil Mauricien, et en conclurent :

- quoique la clause 7 de l'accord fût une clause résolutoire de plein droit, elle ne s'appliquait qu'à une situation de non-paiement sous la clause 5.3 (iii). Hors, l'espèce en présence ne concernait pas une situation de non-paiement mais de retard dans certains paiements ; et
- la sanction de retard de paiements était déjà prévue dans la clause 5.1, notamment le paiement d'intérêts.

³⁰ "Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation."

Les juges d'appel s'alignaient sur l'argument soulevé par la position de la BAT mais uniquement sur le fait qu'une clause résolutoire en est une de plein droit dès lors que cette dernière donne à la partie non-défaillante le choix de résoudre le contrat pour inexécution de la partie défaillante sans avoir recours à la résolution en justice :

« However, as rightly pointed out by learned Counsel, both French jurisprudence and our own decided cases have considered that a 'clause résolutoire' is to be reckoned as 'de plein droit' where the wording of the clause gives the non-defaulting party the choice to terminate a contract upon the breach of a contractual term by the other party without having recourse to the Courts. »

Ayant établi que la BAT avait failli aux termes de la clause 5 de l'accord de 1994, la cour d'appel analysa une série d'éléments factuels démontrant l'abus de droit commis par elle :

- la résolution de l'accord par la BAT pour non-paiement alors qu'un simple retard de paiement de la part du distributeur était en cause ;
- l'utilisation de la procédure spéciale de décaissement du chèque du 5 février 1996, soldé par un refus de la banque le jour même, alors que le chèque fut dument décaissé le lendemain matin ;
- le fait que la BAT ait démenti avoir reçu des intérêts pour les retards de paiement et ait même poursuivi le distributeur pour ces sommes ;
- la longue relation existante entre la BAT et les entités Sewraz et la décision drastique de la BAT de résilier l'accord pour un délai dérisoire de paiement ;
- le maintien de la BAT de sa décision de résilier l'accord malgré un engagement de la part du distributeur de prévoir des provisions liquides pour les distributions futures ; et
- le fait que le BAT ait démenti le fait que le chèque du 5 février 1996 fut décaissé le lendemain 6 février 1996, d'autant plus que cet évènement intervint avant le préavis du 7 février 1996.

A la lumière du jugement de la cour d'appel de *Sewraz Frères*, il serait de bon conseil pour les praticiens d'aviser les parties contractantes de rédiger les clauses résolutoires avec beaucoup de précision et de clarté afin d'identifier sans ambiguïté les conditions et circonstances dans lesquelles ces dernières peuvent et devraient être mises en application. D'autre part il serait recommandé, afin de minimiser le risque que l'insistance de mettre en œuvre la clause résolutoire ne soit analysée comme un abus de droit, de généraliser l'utilisation des mises en demeure donnant au moins une chance au débiteur d'exécuter

son obligation contractuelle. Il serait aussi recommandé de spécifier dans le contrat ce que de telles mises en demeure doivent contenir tant sur le fond que sur la forme.

Il est vrai qu'à première vue, le jugement d'appel dans l'arrêt *Sewraz Frères* de 2013 semble introduire une incertitude allant même jusqu'à l'insécurité juridique dans l'application des clauses résolutoires, car il déroge au principe de l'interprétation stricte. Il pourrait cependant servir de plateforme pour des rédactions plus précises et équitables de ces clauses dans les contrats commerciaux mais aussi rééquilibrer les prestations contractuelles entre les parties fortes et les parties faibles, notamment dans les contrats d'adhésion au sein desquels la partie faible n'a pas la possibilité de négocier les conditions de résolution/résiliation du contrat. De telles rédactions pourraient de plus identifier les conditions de mise en application des clauses résolutoires, préciser le contenu des mises en demeure et encourager les créanciers à donner, par le service d'une mise en demeure au débiteur, l'occasion à celui-ci de s'exécuter avant la résolution/résiliation du contrat.

2. L'application du concept d'abus de droit à Maurice

L'article 1134 du Code Civil Mauricien prévoit en son deuxième alinéa que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. De plus, les articles 16 et 17 représentent quant à eux les fondements juridiques de l'abus de droit à Maurice. L'article 16 dispose que « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses devoirs selon les exigences de bonne foi.* », et l'Article 17 « *Nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec l'avantage qu'il peut en tirer.* »

Les articles 16 et 17 du Code Civil Mauricien sont d'inspiration québécoise, comme le démontre le passage suivant du jugement *South Seas Development Co. Ltd c. The Government of Mauritius* 2006 SCJ 126 :

« Les articles 16 et 17 qui sont inspirés du Projet de Code Civil du Québec précisent que les droits et les devoirs doivent être exercés ou exécutés selon les exigences de la bonne foi et sans abus. Il y a la une extension des dispositions de l'article 1134 alinéa 3 du domaine extracontractuel. Désormais, les articles 16 et 17 vont permettre une extension et un raffermissement de la jurisprudence relative à la mauvaise foi et à l'exercice ou l'exécution abusifs des droits et des devoirs. »

Le juge Balancy a repris la même dynamique que celle établie par la doctrine québécoise au regard des limites de l'abus de droit, notamment Geneviève Piche, *Les Limites de l'abus de Droit* (1998) :

« Dans l'affaire Houle c Banque Canadienne Nationale, le plus haut tribunal du pays a non seulement consacré la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, mais a

également établi qu'il y a abus de droit, non seulement lorsqu'on exerce un droit avec une intention de nuire ou de manière malicieuse, mais également lorsqu'on exerce un droit contractuel de manière déraisonnable.

...

Nous pouvons tout de suite avancer que le judiciaire, depuis la nouvelle codification, dans la grande majorité de ses jugements, tient compte de cette notion, et en général, avec beaucoup moins de réticence que le législateur. On le voit clairement par certains jugements dans lesquels, dès que le juge découvre qu'il y a eu acte déraisonnable de la part de l'intimé, il ne va pas voir plus loin pour vérifier s'il n'y avait pas eu en plus mauvaise foi. Il est clair que, si les juges n'avaient pas complètement consacré cette nouvelle limite à l'abus de droit, ils auraient cherché à voir s'il y avait mauvaise foi pour rendre leur jugement plus solide.

...

s'il est vrai que l'examen de la conduite du plaideur ne doit pas être aussi minutieux que lorsqu'on évalue l'intention malicieuse, d'un autre côté, comme on le verra plus loin, l'examen du contexte quant à lui est très complète, fastidieux et long. Cela fait en sorte que l'étude du caractère raisonnable ou non de l'acte n'est pas une simple tâche. »

Bien que l'abus de droit puisse servir de moyen de modération dans la mise en application des clauses résolutoires de plein droit, la tâche impartie aux des juges du fond d'établir au regard des éléments de fait d'un tel abus risque de s'avérer longue et complexe. La charge de la preuve pèsera donc sur le demandeur désireux d'établir l'existence d'un tel abus. Cette preuve devant les juges mauriciens peut s'établir par écrit ou peut être de nature testimoniale.

La Cour Suprême a aussi démontré que dans les demandes formulées d'abus de droit, elle se bornera à considérer l'aspect de l'abus de droit qui est spécifiquement plaidé devant elle (intention de nuire, ou l'exercice d'un droit de manière à causer un préjudice disproportionnel). Dans une autre affaire impliquant la société Sewraz Frères Ltd, celle-ci assigna la compagnie Nestlé en justice pour abus de droit en raison d'une résiliation unilatérale d'un contrat de distribution à durée indéterminée. Nestlé s'était fié sur la clause du contrat qui permettait à chacune des parties de le résilier sujet à un préavis de trois mois. Dans la lettre de résiliation, Nestlé avait indiqué que le contrat de distribution était dénué de sens au regard des enjeux économiques et qu'elle n'avait d'autre choix que de reprendre le contrôle de la distribution de ses produits à Maurice. Lorsque Nestlé ne se chargea pas elle-même de la distribution de ses produits, Sewraz Frères fonda son action

en abus de droit en se fondant sur l'intention de nuire et la mauvaise foi de Nestlé. Le juge Hamuth débouta le demandeur en décidant que prendre le contrôle de la distribution ne signifiait pas nécessairement que Nestlé elle-même devait en effectuer la distribution. La demande de Sewraz Frères ayant été limitée à démontrer l'intention de nuire/la mauvaise foi de Nestlé, le juge ne considéra pas s'il pouvait y avoir abus de droit de par un préjudice subi par Sewraz Frères qui aurait pu être hors de proportion avec l'avantage obtenu par Nestlé : *Sewraz Frères Ltd (in receivership) c. Nestlé Products (Mauritius) Ltd* 2014 SCJ 157.

Un récent jugement de la cour d'appel illustre bien la difficulté qu'un concessionnaire rencontrera afin d'établir l'abus de droit du concédant qui résilie le contrat de distribution : *Nestlé Products (Mauritius) Ltd c. Cascadelle Distribution et Cie Ltée* 2016 SCJ 371. La compagnie Nestlé avait résilié un contrat à durée indéterminée en donnant six mois de préavis, en raison du refus de Cascadelle d'obtempérer aux nouvelles exigences de « reporting » requis par Nestlé. Cascadelle alléguait que Nestlé avait agi en abus de droit et en mauvaise foi car elle avait d'ores et déjà décidé d'allouer un contrat de distribution à une tierce personne. La cour d'appel cassa le jugement en première instance qui avait donné gain de cause à Cascadelle. Le chef juge Matadeen et le juge Fekna exprimèrent que pour établir un abus de droit, il fallait prouver soit une intention de nuire, soit une légèreté blâmable, soit une absence de motif légitime. En l'espèce, ils furent d'avis qu'aucun de ces critères n'étaient présents, qu'au pire Nestlé avait simplement agi de façon commercialement agressive mais qu'elle avait des raisons légitimes en insistant sur les nouveaux critères de « reporting ». Il n'y avait pas non plus de résiliation soudaine car six mois de préavis avaient été donnés. Les juges citèrent avec approbation les commentaires de Jurisclasseur, Fasc. 307 : Concession Exclusive, paragraphe 54 :

« La jurisprudence admet difficilement l'abus. Ainsi, le fait pour le concédant d'avoir résilié le contrat après avoir donné au concessionnaire des assurances sur la pérennité de son entreprise n'est pas nécessairement abusif (Cass. Com., 7 avr. 2004 : Juris-Data no. 2004-023369)

De même, il n'y a pas d'abus si le concédant résilie le contrat, le concessionnaire n'ayant que partiellement rempli les conditions exigées par le concédant (Cass. com., 23 juill. 2004 : Juris-Data no 2004-024504)

Peut également être considérée comme abusive une résiliation intervenue avec précipitation et brutalité (CA Paris, 5^e ch. A. 31 janv. 2001 : Juris-Data No. 2001-150059). L'abus du droit résulte, en effet, le plus souvent de la brutalité de la rupture et de l'absence de notification de préavis.

Le concédant ne se rend donc pas coupable d'abus lorsqu'il entretient l'ambiguïté sur l'avenir de ses relations avec le concessionnaire. A fortiori, le concédant n'est pas

fautif dès lors que les concessionnaires prévenus qu'ils devaient correspondre aux normes et standards pour être repris, ne pouvaient entretenir l'espoir d'une poursuite des relations contractuelles que s'ils remplissaient ces conditions (Cass. com., 3 oct. 2006 : Juris-Data no. 2006-035448). »

B. LE COMPORTEMENT DES PARTIES

Il existe des exemples dans la jurisprudence mauricienne où les juges prennent en considération le comportement du créancier de l'obligation afin de déterminer si la mise en œuvre d'une clause résolutoire de plein droit doit être validée ou non.

Dans la décision *Danilall Girdhari et Sarwan Girdhari c. Krissonduth Guidharry* 2005 SCJ 181, le vendeur et l'acquéreur avaient signé un bordereau en 1985 pour la vente de la nue-propriété et l'usufruit d'une portion de terrain pour la somme de Rs 22,000. Rs 17,000 avaient été payés par l'acquéreur à la signature du bordereau et le solde de Rs 5,000 était payable par tranches annuelles chaque 2 aout. En mai 1990, les deux parties signèrent un nouveau contrat qui contenait la clause suivante :

« Je [le vendeur]...reconnais par ces présentes d'avoir reçu et touché [de l'acquéreur]...la somme de Rs 4,000...seulement représentant avaloir sur celle de Rs 5,000 comme balance sur un bordereau en date du 2 aout 1985, concernant la vente d'une portion de terrain de la contenance de trente perches...Et ce pour la somme de Rs 22,000...représentant quatre termes annuels de Rs 1,000 chacun expirant le 2 aout 1986, le 2 aout 1987, le 2 aout 1988 et le 2 aout 1989 et ce reste devoir la somme de Rs 1,000 comme balance sur la sus dite vente. La sus dite somme de Rs 1,000...sera payable le jour de la signature du contrat authentique qui sera dressé par le soin d'un Notaire de cette Ile. »

Il avait été admis que l'acquéreur était à tout moment prêt à remplir son obligation de payer la dernière tranche de Rs 1,000 et signer l'acte authentique. Le 3 aout 1990, le vendeur légua le terrain à son frère (le défendeur dans l'affaire) par voie testamentaire, et le vendeur mourut le 12 aout 1990. Le défendeur refusa d'accepter le solde de Rs 1,000 et de signer l'acte authentique. Après avoir mis en demeure le défendeur en 2000, l'acquéreur l'assigna en justice.

Comme nous l'avons vu *supra*, la juge Peeroo refusa l'application d'une clause résolutoire en faveur du vendeur pour non-paiement des tranches du prix, car cette clause était assujettie à la condition préalable de mettre en demeure l'acquéreur et cette dernière devait demeurer infructueuse, chose que le vendeur n'avait jamais faite. Quant à la validité du legs au défendeur, la cour condamna le comportement du vendeur en se fondant sur le témoignage crédible de l'acquéreur. Elle estima en l'espèce que la seule

chose que savait l'acquéreur est qu'il avait payé une somme d'argent au vendeur, et c'est celui-ci qui était à l'initiative de la rédaction du bordereau de 1985 et de son avenant de 1990. L'acquéreur faisait totalement confiance au vendeur et c'est le comportement de ce dernier qui avait causé l'inexécution de l'acquéreur et donc le non-paiement du solde restant de Rs 1,000 et la signature de l'acte authentique. Elle considéra que le vendeur avait agi de mauvaise foi et de manière calculée afin de renvoyer à une date ultérieure le paiement de la dernière tranche sans fixer de date limite, et ce, afin qu'il puisse léguer le bien à son frère le lendemain (3 août 1990) de l'échéance initiale (2 août 1990). La cour se prononça comme suit

« I find on the evidence that, if the first plaintiff [l'acquéreur] did not pay the last instalment on 2 August 1990 and did not cause the authentic deed to be signed, it was on account of the act and conduct of the vendor and the assurance given by him that he would do the needful³¹ himself. It is evident that by virtue of Document P2³² the vendor had deliberately, out of bad faith and calculated misrepresentation postponed and delayed that payment until the signing of the authentic deed, without fixing a date limit. In so doing the vendor had prevented the plaintiff no.1 from paying the last instalment on 2 August 1990 and on the very next day, 3 August 1990, made his will bequeathing that property to the defendant. The vendor acted in breach of the trust which he caused the plaintiffs to put in him. It was obvious that it was done with a view to depriving the plaintiffs of their rights over the property after they had already paid most of the purchase price and were willing and ready to fulfil their part of the obligations. »

La juge estima que la condition de paiement du dernier solde devait être réputée comme étant remplie car la réalisation de cette condition avait été empêchée par le vendeur lui-même. La juge fonda son raisonnement juridique sur la base des articles 1178³³ et 1179³⁴ du Code Civil Mauricien :

« I therefore find that since the realisation of the condition to pay the last instalment was prevented by the vendor who was bound to accept it and sign the authentic deed, the condition is deemed realised in favour of the plaintiffs. »

Il est donc envisageable que même si le vendeur en l'espèce avait mis en œuvre la clause résolutoire en servant une mise en demeure à l'acquéreur, la cour aurait refusé cette mise en œuvre en raison du comportement abusif et de la mauvaise foi du vendeur.

³¹ Faire le nécessaire

³² L'avenant de 1990

³³ "La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement."

³⁴ "La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté..."

Dans l'arrêt *Anderson Ross Holdings Ltd c. The Business Parks of Mauritius Ltd* (supra), le demandeur et le défendeur signèrent un contrat de bail le 17 mars 2006 d'un terrain ayant pour objet une exploitation commerciale. La clause résolutoire exigeait que le preneur commence les travaux de construction d'un bâtiment dans les six mois à partir de la date de signature, faute de quoi le bailleur aurait le droit, après avoir mis en demeure son cocontractant de commencer les travaux sous 48 heures, d'annuler le bail de plein droit et sans paiement de compensation. Le preneur faillit à cette obligation mais le bailleur tenta quand même durant les années suivantes le lui rappeler en exigeant de lui la mise en route des travaux de construction. Ces nombreuses relances étant restées infructueuses, le preneur fut mis en demeure de s'exécuter le 29 février 2012. Ce dernier tenta alors d'obtenir une injonction dans l'optique d'empêcher son cocontractant d'annuler le bail. Comme il a été démontré *supra* l'indulgence accordée par le bailleur entre 2006 et 2012 au preneur ne devait pas s'analyser comme étant une renonciation de la part du bailleur à la clause résolutoire de plein droit.

Le preneur plaida qu'il n'était pas réaliste d'exiger de lui le commencement de la construction dans un délai aussi court (48 heures). La juge Mungly-Gulbul rejeta cet argument, considérant que l'ensemble des conditions d'application de la clause résolutoire avaient bel et bien été remplies. Elle prit en considération le comportement du bailleur dont notamment son indulgence envers le preneur et ainsi de ne pas annuler le bail des lors que l'inexécution du cocontractant était manifeste en septembre 2006. Elle trancha en ce sens :

« Indeed in the case under consideration, the respondent [le bailleur] has given plenty of latitude to the applicant [le preneur] and did not choose to terminate the lease as soon as this condition was breached i.e. by September 2006. The lessor [le bailleur] instead wrote letters to the lessee [le preneur] notably on 9 October 2007, 17 January 2008, 19 January 2011 and finally sent the first mise en demeure on 29 February 2012.»

D'autre part, la décision *Sewraz Frères Ltd c. British American Tobacco* est en elle-même un exemple où la cour d'appel commenta spécifiquement sur le comportement du créancier (en l'occurrence la BAT), envers lequel elle fut très critique :

“We find that the evidence on record shows a marked degree of highhandedness³⁵ from BAT and that the decision to terminate the distribution agreement with Sewraz was thoroughly unfair and constitutes a clear abus de droit.”

³⁵ Caractère arbitraire

C. LA BONNE FOI DU CREANCIER

Le troisième alinéa de l'article 1134 du Code Civil Mauricien dispose clairement que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. L'article 16 du Code Civil Mauricien est aussi d'actualité, en prévoyant que chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses devoirs selon les exigences de la bonne foi.

Au regard du droit français, il est constant que le débiteur peut écarter le jeu de la clause résolutoire lorsque le créancier n'est pas de bonne foi (Cass. 3^e civ., 25 nov. 2009, no 08-21.384 : JurisData no 2009-090453). Ainsi, la mauvaise foi du créancier est alors un moyen de défense qui peut être invoqué par un débiteur qui veut s'opposer à la mise en œuvre d'une clause résolutoire. Cette dernière étant une clause du contrat, elle demeure, comme toutes les autres stipulations, soumise au principe de l'exécution de bonne foi formulé par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code Civil.³⁶ Il est à noter cependant que la bonne foi du débiteur défaillant ne fait pas obstacle à l'acquisition de la clause résolutoire.³⁷

La décision *Girdhari* commenté et cité dans la précédente section est un exemple clair où la cour mauricienne a refusé de cautionner la mauvaise foi d'une des parties contractantes.

Il existe sans doute un lien entre la bonne foi du créancier, qui souhaite se prévaloir de la clause résolutoire, et l'abus de ce droit (du moins lorsqu'il s'agit de l'intention de nuire), comme l'indique l'extrait suivant de Jurisclasseur :

« Les juges du fond qui paralysent le jeu d'une clause résolutoire en retenant la mauvaise foi de celui qui l'invoque peuvent se fonder sur des motifs propres à caractériser l'abus de la résiliation (Cass. com., 14 janv. 1997 : D. aff. 1997, p.274 ; Defrénois 1997, p. 745, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, p. 427, note J. Mestre). Peuvent être rapprochées de cette jurisprudence exigeant la bonne foi dans la mise en œuvre des clauses résolutoires, les décisions qui, pour écarter la résolution conventionnelle, se fondent sur l'abus de droit commis par le créancier : ainsi le créancier abuse-t-il de son droit en invoquant la faute du débiteur, qui ne lui a causé aucun préjudice, qui est légère et qu'il a autrefois tolérée (Cass. com., 31 mars 1978 : Bull. civ. 1978, IV, no. 102). De même ne peut se prévaloir d'une clause de résolution le contractant qui en fait un usage abusif, en ne rapportant pas la preuve d'une faute du cocontractant et en refusant de lui donner des explications : ce comportement fautif

³⁶ Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, note 27.

³⁷ Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, note 27.

justifie des lors l'initiative de résiliation du contrat de la part de ce cocontractant (Cass. com., 4 oct. 1982 : Bull. civ. 1982, IV, no 292) »³⁸.

La jurisprudence française a retenu en plusieurs occasions que la mise en œuvre d'une clause résolutoire de plein droit en raison de la mauvaise foi ou comportement du créancier, comme démontré dans les exemples suivants extraits de Jurisclasseur³⁹:

- A plusieurs reprises, la troisième chambre civile a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que les sommations d'exécuter l'obligation, prévues dans la mise en œuvre de la clause résolutoire, devaient être réputées sans effet lorsque le bailleur avait manqué à la bonne foi en les faisant effectuer pendant les vacances d'été (*Cass. 3^e civ., 16 oct. 1973 : Bull. civ. 1973, III no 529 – Cass. 3^e civ., 29 juin et 15 déc. 1976 : RTD civ. 1977, p.340, obs. Cornu. – Rapp. Cass. 3^e civ., 25 janv. 1983 : Bull. civ. 1983, III no 21 ; RTD civ. 1985, p.163, obs. J. Mestre – CA Paris, 18 sept. 1991 : JurisData no 1991-023105*).
- N'a pas donné de base légale à sa décision, au regard de l'article 1134 du Code Civil, une cour d'appel qui, pour constater la résiliation de plein droit d'un bail commercial, retient qu'il ne peut qu'être pris acte de ce que le preneur n'a pas satisfait à son obligation d'exécution des travaux de ravalement de la façade de l'immeuble dans le délai imparti par le commandement qui lui a été notifié, sans rechercher, comme il était demandé, si, compte tenu des délais nécessaires à l'exécution des travaux, eu égard à leur nature et à leur importance, la clause résolutoire n'a pas été mise en œuvre de mauvaise foi (*Cass. 3^e civ., 5 juin 1991, no 89-21.166 : JurisData no 1991-001497 ; RTD civ. 1992, p.92, note J. Mestre*).
- Le débiteur peut prétendre qu'il n'y a eu qu'inexécution partielle, ou que l'inexécution est due à la faute du créancier ou même que le créancier aurait auparavant entendu renoncer au bénéfice de la clause (*Cass. com., 27 févr. 1968 : Bull. civ. 1968, IV, no 84 : agissements du créancier de nature à justifier l'inexécution reprochée au débiteur. – Cass. 1^{re} civ., 22 juill. 1986 : Bull. civ. 1986, I, no 223 : consignations valablement faites par le débiteur mais refusées par le créancier. – CA Paris, 19 juin 1990, prec. : en s'abstenant délibérément de délivrer les quittances des loyers payés, le bailleur est directement à l'origine du retard de paiement par le locataire, mis dans l'impossibilité d'obtenir les allocations logements auxquelles il a droit*).
- Est débouté de sa demande de constatation de résiliation du bail, le bailleur d'un local commercial qui, en raison de sa carence dans l'entretien de l'immeuble, est à l'origine

³⁸ Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, note 27.

³⁹ Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, note 27.

de l'inexécution par le locataire de ses engagements (*Cass. 3^e civ., 27 mai 1987 : Gaz. Pal. 1987, 2, pan. Jurispr. P.212 ; JCP G 1987, IV, 261*).

- Une tolérance prolongée du créancier qui, brusquement, réclame la mise en œuvre de la clause résolutoire peut être constitutive de mauvaise foi et le prive du droit de mettre en jeu cette clause. Il a été jugé en ce sens qu'en décidant que la clause résolutoire devait jouer, sans rechercher si l'ensemble des circonstances dans lesquelles a été poursuivi le recouvrement de sommes échues depuis plus de douze ans, sans protestation de la crédièntière, n'excluait pas la bonne foi dans sa mise en œuvre, la cour d'appel a violé l'article 1134, alinéa 3, du Code Civil (*Cass., 1^{re} civ., 16 févr. 1999, no 96-21.997 : JurisData no 1999-000690 ; Bull. civ. 1999, I, no 52, p.34 ; Defrénois 2000, art. 37107, note D.Mazeaud*).
- N'est pas de bonne foi et ne peut se prévaloir de la clause résolutoire inscrite dans un contrat de vente d'immeuble moyennant un prix comptant et une rente viagère, le vendeur qui avait des liens particuliers d'affection avec le débirentier et qui, en s'étant abstenu pendant plus de dix ans de réclamer la rente, avait ainsi accredité chez lui la conviction que ce versement ne serait jamais réclamé ; le brusque changement d'attitude chez le demandeur, dû à une mésentente, a constitué des lors une situation imprévisible pour le défendeur (*Cass. 3^e civ., 8 avr. 1987 : JCP G 1987, IV, 216 ; Bull. civ. 1987, III, no 88*).

III. PROJETS DE REFORME

A. LES PROPOSITIONS DE L'AVANT-PROJET CATALA ET LA REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

L'avant-projet de réforme du droit des obligations en France, en date du 22 septembre 2005 (« l'avant-projet Catala ») a considéré les clauses résolutoires et a formulé des amendements au Code Civil Français pour prévoir un cadre plus détaillé concernant leur mise en œuvre, application et conséquences. Ces dispositions ont été largement reprises dans l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (la « Réforme du Droit des Obligations »). Les dispositions de cette ordonnance portant sur la résolution des contrats sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

1. L'inexécution des obligations

L'avant-projet Catala identifie un certain nombre de lacunes relatives à l'article 1184 :

i. Des lacunes relatives aux prévisions initiales du Code :

- la résolution est la seule mesure prévue pour l'ensemble des contrats.
- les autres mesures ne sont invoquées que dans des textes spéciaux épars, alors même qu'elles ont été généralisées en principes applicables à tous contrats synallagmatiques par la jurisprudence et la pratique (exception d'inexécution, théorie des risques).
- aucune disposition ne régit la résolution conventionnelle alors que celle-ci s'est également généralisée en pratique.

ii. Des lacunes relatives aux conditions d'application

- l'article 1184 assoit la résolution sur un mécanisme discutable, la condition résolutoire.
- l'article 1184 ne précise pas les conditions d'application de la résolution et reste silencieux quant au du seuil d'inexécution propre à entraîner la résolution, se contentant de viser « *le cas où l'une des parties ne satisfera point a son engagement* ». Le constat peut être étendu à l'exception d'inexécution dont il faudrait plus précisément cerner le seuil d'intervention.

iii. Les lacunes relatives aux effets

- l'article 1184 ne précise rien quant à l'étendue des effets de la mesure : rétroactifs ou non, touchant ou non l'ensemble du contrat.
- la résolution est traditionnellement conçue comme rétroactive, conformément à son fondement revendiqué de « condition résolutoire ».
- la doctrine et la jurisprudence en ont néanmoins créé une variante : la « résiliation » ou plus exactement, résolution pour l'avenir, qui écarte la rétroactivité et ne produit effet que pour l'avenir. Néanmoins, le critère de distinction entre la résolution totale et rétroactive et la résolution partielle dans le temps n'est pas très explicite. Lorsqu'un critère est posé, il réside dans le caractère successif de l'exécution du contrat, critère discutable en ce qu'il repose sur la considération de la difficulté spécifique d'organiser des restitutions pour un contrat qui a duré.
- rien n'est dit des suites de l'application de ces diverses mesures, notamment de l'organisation des restitutions et du fondement de ces dernières.

L'avant-projet Catala a donc proposé de nouveaux articles 1157 à 1160-1 pour réglementer les différents aspects de la résolution/résiliation, notamment :

- L'établissement textuel de l'exception d'inexécution et ses conditions d'application, ainsi que l'intégration de la théorie des risques dans la résolution des contrats (nouvel article 1157⁴⁰). L'exception d'inexécution a été reprise dans la Réforme du Droit Des Obligations. Le nouvel article 1217 al. 1^{er} prévoit ainsi que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation. Cependant, le nouvel article 1219 impose une condition importante à l'exception d'inexécution en stipulant qu'une partie peut refuser d'exécuter son obligation alors même que celle-ci n'est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave. La Réforme du Droit des Obligations va aussi plus loin que l'avant-projet Catala en ajoutant dans son article 1220 qu'une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont

⁴⁰ « Dans un contrat synallagmatique, chaque partie peut refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne.

Lorsque l'inexécution résulte d'une force majeure ou d'une autre cause légitime, le contrat peut être préalablement suspendu si l'inexécution n'est pas irrémédiable.

A l'exception d'inexécution, l'autre partie peut répliquer en prouvant en justice que la suspension du contrat n'est pas justifiée. »

suffisamment graves, et cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais – un débiteur a donc la possibilité de suspendre l'exécution de son obligation en se basant sur une inexécution anticipée de la part du créancier ;

- L'établissement textuel de la possibilité de prévoir une clause de résolution et de régir les conditions d'application de cette dernière, ainsi que ses effets (nouvel article 1159⁴¹). Dans le nouvel article 1225 amené par la Réforme du Droit des Obligations, il est stipulé que la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entrainera la résolution du contrat, et que la résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse. Cette mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire ;
- Le maintien du choix, pour le créancier, entre exécution forcée, dommages et intérêts et résolution. Le créancier aurait une option entre résolution judiciaire et résolution unilatérale. La résolution unilatérale interviendrait après mise en demeure du débiteur de s'exécuter et écoulement d'un délai raisonnable à cet effet. En cas de carence de ce dernier, la résolution serait constatée par une notification du créancier, exposant les motivations de la rupture (nouvel article 1158⁴²). Ces différentes options sont reprises dans la Réforme du Droit des Obligations, qui ajoute aussi la possibilité d'une réduction de prix⁴³. Le nouvel article 1217 donne le choix à la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, de (1) refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation

⁴¹ « Les clauses résolutoires doivent expressément désigner les engagements dont l'inexécution entrainera la résolution du contrat. »

La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu qu'elle résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure n'est efficace que si elle rappelle en termes apparents la clause résolutoire.

En toute hypothèse, la résolution ne prend effet que par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception. »

⁴² « Dans tout contrat, la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, a le choix ou de poursuivre l'exécution de l'engagement ou de provoquer la résolution du contrat ou de réclamer des dommages intérêts, lesquels peuvent, le cas échéant, s'ajouter à l'exécution ou à la résolution. »

Quand il opte pour la résolution, le créancier peut soit la demander au juge, soit, de lui-même, mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Celle-ci prend effet lors de la réception de la notification par l'autre partie. »

⁴³ Nouvel article 1223 : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. S'il n'a pas encore été payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais. »

(l'exception d'inexécution), (2) poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation⁴⁴ ; (3) solliciter une réduction du prix ; (4) de provoquer la résolution du contrat⁴⁵ ; (5) demander réparation des conséquences de l'inexécution. Ces sanctions ne sont pas incompatibles et peuvent être cumulées, et des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. Tout comme dans l'avant-projet Catala, la Réforme du Droit des Obligations au travers du nouvel article 1226 requiert que la résolution unilatérale soit sujette à une mise en demeure du créancier au débiteur de satisfaire son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat, et lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ;

- Le débiteur aurait la possibilité d'attaquer judiciairement *a posteriori* la décision du créancier, par contestation de l'existence des manquements qui lui sont imputés (nouvel article 1158-1⁴⁶). Cette possibilité offerte au débiteur est reprise dans la Réforme du Droit des Obligations au travers des nouveaux articles 1226 al.3 et 1228 ;
- L'établissement textuel le moment de prise d'effet de la résolution : à celui de l'assignation en résolution, lorsque celle-ci est judiciaire et à celui de la réception de la notification, lorsque celle-ci est unilatérale (les nouveaux articles 1158 et 1160-1⁴⁷). Le nouvel article 1229 introduit par la Réforme du Droit des Obligations prévoit

⁴⁴ L'exécution forcée est soumise à des conditions importante : le nouvel article 1221 stipule que le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

⁴⁵ Le nouvel article 1224 sert maintenant de base textuelle confirmant les trois types de résolution : « *La résolution résulte soit d'une application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.* »

⁴⁶ « *Il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat.*

Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur. »

⁴⁷ « *La résolution du contrat libère les parties de leurs obligations.*

Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, la résolution vaut résiliation ; l'engagement des parties prend fin pour l'avenir, à compter de l'assignation en résolution ou de la notification de la résolution unilatérale.

Si le contrat a été partiellement exécuté, les prestations échangées ne donnent pas lieu à restitution ni indemnité lorsque leur exécution a été conforme aux obligations respectives des parties.

Dans les contrats à exécution instantanée, elle est rétroactive ; chaque partie restituée à l'autre ce qu'elle a reçu, suivant les règles posées à la section 6 ci-après du présent chapitre. »

que la résolution met fin au contrat, et elle prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice ;

- L'établissement textuel des effets de la résolution en prévoyant un principe de résolution pour l'avenir, sauf hypothèse de rétroactivité relative aux contrats à exécution instantanée (article 1160-1 et règles relatives aux restitutions, section 6). La Réforme du Droit des Obligations prévoit dans le nouvel article 1229 al. 4 que 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 et dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ; et
- La proposition de poser un critère de modulation de ces effets tenant au caractère divisible de l'exécution du contrat (nouvel article 1160⁴⁸).

2. Restitutions après anéantissement du contrat

L'avant-projet Catala a aussi considéré qu'il était nécessaire de réglementer en détail les modalités de restitution après l'annulation ou la résolution d'un contrat. Ceci, dans le but d'atteindre le *statu quo ante* qui soit le plus fidèle possible⁴⁹.

Avant d'entrer dans les modalités de restitution, les articles 1162 à 1162-3 établissent certains principes généraux, notamment :

- L'annulation ou la résolution rétroactive du contrat emportent, de plein droit, la restitution intégrale et s'il y a lieu réciproque des avantages reçus en exécution du contrat. Lorsque l'annulation ou la résolution est imputable à l'une des parties, celle-ci doit en outre indemniser l'autre de tous les dommages et intérêts.
- L'obligation de restitution bénéficie des garanties stipulées pour le paiement de l'obligation primitive. Elle se prescrit par le même délai que la nullité ou la résolution qui l'emporte.
- Le juge, saisi d'une action en nullité ou en résolution, peut statuer d'office sur les restitutions quand même il n'en aurait pas été requis. Il prononce la compensation

⁴⁸ « La résolution peut avoir lieu pour une partie seulement du contrat, lorsque son exécution est divisible. »

⁴⁹ Avant-projet Catala, Yves-Marie Serinet, p.44

judiciaire des dettes fongibles de restitution. Le jugement d'annulation ou de résolution entraîne interversion de la prescription applicable à l'obligation de restitution.

- Celui qui a sciemment contrevenu à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou, plus généralement à une règle impérative, peut se voir refuser toute restitution.

Les nouveaux articles 1163-1 à 1163-6 de l'avant-projet établissent les modalités de restitution :

- Après l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la restitution a lieu en valeur. Le montant de la restitution est calculé en tenant compte des avantages directs et indirects que les parties ont pu retirer de l'exécution du contrat, suivant leur estimation au jour de la restitution.
- La restitution d'une somme d'argent se fait par équivalent. Elle n'est alors que la somme numérique énoncée au contrat.
- La restitution d'un corps certain se fait en nature lorsque la chose existe encore entre les mains de celui qui l'a reçue. Elle se fait en valeur lorsque la chose n'est plus individualisable en raison de sa destruction volontaire ou fortuite, sa transformation ou son incorporation. Lorsque la chose n'a été qu'en partie détruite, transformée ou incorporée, celui à qui la restitution est due peut préférer, ou la restitution intégrale en valeur, ou une restitution partielle et son complément en valeur.
- La restitution d'une chose de genre autre qu'une somme d'argent se fait par équivalent à moins que celui auquel elle est due ne préfère en recevoir la valeur.
- Lorsque la chose à restituer est périée fortuitement ou par le fait d'un tiers, la restitution se reporte de plein droit sur l'indemnité d'assurance ou de responsabilité ou sur la créance d'indemnité par subrogation. Lorsque la chose à restituer a été vendue, la restitution se reporte de plein droit sur le prix ou la créance du prix de la vente par subrogation.
- Dans tous les cas où la restitution n'a pas lieu en nature ou par subrogation, le juge estime la valeur de la chose au jour où il se prononce, suivant son état au jour du paiement de l'obligation.

Et finalement, les nouveaux articles 1164 à 1164-6 énoncent des principes par rapport aux règlements complémentaires :

- La restitution porte sur le principal de la prestation accomplie et ses accessoires du jour du paiement.

- Les accessoires de la somme d'argent à restituer comprennent les intérêts au taux légal et les taxes acquittés entre les mains de celui qui a reçu le prix en complément de celui-ci.
- Lorsque la restitution porte sur une chose autre qu'une somme d'argent, les accessoires comprennent les fruits et la jouissance qu'elle a procurés. La restitution des fruits naturels, industriels ou civils, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. Lorsque les revenus procèdent pour partie de l'amélioration de la chose par celui qui la rend, la restitution se fait en proportion de ceux qu'elle aurait produits dans son état initial. La restitution de la jouissance est estimée par le juge au jour où il se prononce.
- Les frais occasionnés par le contrat peuvent être mis à la charge de celle des parties à qui l'annulation ou la résolution serait imputable.
- Les frais afférents à la chose peuvent donner lieu à restitution. Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte à celui qui la rend de toutes les dépenses nécessaires à la conservation de la chose. Il doit aussi tenir compte des dépenses qui ont amélioré l'état de la chose dans la mesure où il en résulte une augmentation de sa valeur.
- Inversement, celui qui doit restituer la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur ou entraîné sa perte.
- Les plus-values et les moins-values advenues à la chose restituée sont estimées au jour de la restitution.

Dans la Réforme du Droit des Obligations, les modalités de restitution sont régies par les nouveaux articles 1352 à 1352-9 :

- Nouvel article 1352 : la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution.
- Nouvel article 1352-1 : Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne sont pas dues à sa faute.
- Nouvel article 1352-2 : Celui qui l'ayant reçu de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S'il l'a reçu de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix.

- Nouvel article 1352-3 : La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation.
- Nouvel article 1352-4 : Les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé sont réduites à proportion du profit qu'il a retiré de l'acte annulé.
- Nouvel article 1352-5 : Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution.
- Nouvel article 1352-6 : La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue.
- Nouvel article 1352-7 : Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.
- Nouvel article 1352-8 : La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie.
- Nouvel article 1352-9 : Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme.

B. LE PROJET DE CONSULTATION DE LA LAW REFORM COMMISSION MAURICIENNE

La Law Reform Commission de Maurice a émis, en mars 2013, un projet de consultation intitulé « *Issue Paper Law of Contracts and Obligations under Code Civil Mauricien* ». En ce qui concerne la résolution/résiliation des contrats, le projet de consultation considère les propositions qui ont été faites dans l'avant-projet Catala, et pose ensuite certaines questions pertinentes sur les besoins de réforme à Maurice :

1. Faut-il enrichir les modes de résolution du contrat dans le Code Civil Mauricien, en ajoutant la résolution extrajudiciaire à la résolution judiciaire ?
2. Faut-il réglementer les clauses résolutoires dans le Code Civil Mauricien ?

3. Faut-il réglementer la résolution partielle du contrat dans le Code Civil Mauricien ?
4. Faut-il insérer dans le Code Civil Mauricien un article sur les effets de la résolution du contrat ?
5. Faut-il réglementer la restitution après anéantissement du contrat dans le Code Civil Mauricien ?

En réponse aux quatre premières questions posées par la Law Reform Commission, il serait souhaitable et bénéfique de réglementer et d'encadrer plus clairement les clauses résolutoires en droit mauricien et ce, en s'inspirant de l'avant-projet Catala et de la Réforme du Droit des Obligations. La Law Reform Commission admet que la résolution judiciaire (le seul type de résolution dont mention expresse est fait dans l'article 1184 du Code Civil Mauricien) présente des inconvénients de délai et de frais légaux pour être implémentée. Les nouveaux articles 1157 à 1160-1, par exemple, ajouteraient de la certitude à l'opération des clauses résolutoires et mettraient à la disposition des juges du fond un cadre adéquat pour superviser l'applicabilité de telles clauses tout en respectant la nécessité d'une balance entre le besoin de tenir les parties à leurs engagements contractuelles et la protection du débiteur contre une application trop sévère et rigide de la clause résolutoire. Aussi, l'introduction de tels articles dans le Code Civil Mauricien permettrait la codification de certains principes jurisprudentiels existant déjà à Maurice, comme décrit dans les paragraphes suivants.

1. Exception d'inexécution

Le débiteur a le pouvoir d'opposer à son cocontractant *l'exceptio non adimpleti contractus* et c'est le juge qui appréciera le bien-fondé de cette exception. Le contractant qui n'a pas exécuté ses obligations tend alors à se prévaloir de l'exception d'inexécution comme un fait justificatif, qui aurait pour effet de faire disparaître les conditions préalables requises avant la mise en œuvre de la clause résolutoire, consistant en une inexécution fautive de ses obligations. En droit français, la jurisprudence impose que l'exception d'inexécution soit opposée avant que la clause résolutoire ait produit ses effets. Ainsi le cocontractant doit à cette fin demander au juge des référés le prononcé de la suspension des effets de la clause résolutoire (*Cass. 3^e civ., 2006, no 05-14.971 : JurisData no 2006-031688 ; Bull. civ. 2006, III, no 18*).

Les juges français exercent alors un contrôle *a posteriori* sur les conditions de mise en œuvre de l'exception d'inexécution. Ils ne prononcent pas la suspension du contrat, mais statuent sur le caractère fautif ou non du comportement de *l'excipiens*. Il n'existe pas en ce sens un pouvoir modérateur des juges, mais un pouvoir d'appréciation sur les conditions dans lesquelles l'exception a joué de sorte que les tribunaux français parviennent à exercer un véritable contrôle d'opportunité sur la mise en œuvre de l'exception d'inexécution et de la clause résolutoire. Il est à noter cependant que

l'excipiens agit à ses risques et périls et s'expose au prononcé de sanctions judiciaires s'il n'a pas fait à bon escient usage de l'exception d'inexécution. Outre la constatation par les juges de la résolution de la convention par le jeu de la clause résolutoire, le débiteur risque alors d'être condamné à indemniser son cocontractant du préjudice causé par cette mise en œuvre injustifiée de l'exception d'inexécution.⁵⁰

La jurisprudence mauricienne reconnaît l'exception d'inexécution lorsqu'il y a manquement grave d'une obligation et les juges du fond, comme en France, exercent un contrôle *a posteriori* afin de déterminer si les conditions d'application de l'exception d'inexécution ont bien été remplies. Tel a été le cas par exemple dans l'arrêt *Synthetic Marble Products Ltd c. Allied Builders Ltd* 1998 SCJ 184, le défendeur avançait que le plaignant (qui réclamait un solde de prix pour des produits délivrés au défendeur) lui avait fourni des produits défectueux. Le juge Matadeen exprima l'exception d'inexécution en ces termes:

« I therefore find that the 'manquement' in the plaintiff's obligation was 'suffisamment grave' so as to entitle the defendant to raise the 'exception d'inexécution'. »

Cette position fut reproduite dans la décision *Mechanisation Company Ltd c. The Mauritius Sugar Terminal Corporation* 2013 SCJ 242 :

« We have given due consideration to the submissions made on behalf of the appellant. We take the view that the word 'cancelled' used by the respondent when writing to the appellant should be viewed in context. As submitted by learned counsel for the respondent, article 1184 cannot find its application to the facts of the case. The evidence has clearly shown that not a single one of the 320 switches delivered by the appellant to the respondent was in accordance with the specifications set out in the tender documents and that the respondent was made aware of all the 'manquements' in their obligation which were 'suffisamment graves' as to entitle the respondent to raise the 'exception d'inexécution' » (soulignement ajouté)

Il est important de souligner le fait que l'exception d'inexécution ne peut et ne doit pas être confondue avec la résolution judiciaire. Tous deux sont en effet le corollaire de la réciprocité et de l'interdépendance des obligations que tout contrat synallagmatique fait naître à la charge des deux parties. Une confusion entre les deux mécanismes s'instaure lorsque la suspension des obligations de *l'excipiens* se prolonge pour une durée telle que l'inexécution de la convention devient définitivement consommée ; dès lors, le jeu de l'exception ne parvient pas à provoquer indirectement l'exécution complète du contrat et entraîne l'anéantissement de celui-ci. Quoique l'exception d'inexécution et l'action en

⁵⁰ Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc.20 : Contrats et Obligations – obligations conditionnelles – Dérégulations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, par Michel Storck, note 26.

résolution d'une convention constituent, sous deux formes différentes, l'exercice d'un même droit et tendent aux mêmes fins, les deux mécanismes présentent néanmoins des différences essentielles tant dans leur régime d'application que dans leurs effets. La résolution doit en principe être prononcée par le juge, alors que pour la mise en œuvre de l'exception d'inexécution un recours judiciaire n'est pas requis. En outre, l'exception d'inexécution est un moyen invoqué en défense et à titre temporaire par un débiteur qui se borne à suspendre l'exécution de sa prestation tant que son partenaire n'aura pas lui-même rempli ses engagements, alors que la résolution entraîne un anéantissement rétroactif de la convention. C'est essentiellement une différence de degré et non de nature, qui sépare les deux actions : l'exception a un rôle rédempteur, alors que la résolution est une mesure définitive qui détruit le lien obligatoire. Si un contrat est avantageux pour une partie, celle-ci préférera un simple retard dans l'exécution que la rupture définitive même accompagnée de dommages et intérêts.⁵¹

L'introduction du premier alinéa de l'article 1157 de l'avant-projet Catala codifierait donc une exception déjà reconnue en droit mauricien, à la différence que ce nouveau texte ne précise pas que l'inexécution doit être suffisamment grave. Cependant, l'intention derrière l'introduction de l'exception d'inexécution est qu'elle s'avèrera disponible à l'*excipiens* seulement en cas d'inexécution totale de son cocontractant, comme précisé dans l'avant-projet Catala :

« il est proposé d'établir textuellement l'existence de l'exception d'inexécution et de ses conditions d'application, notamment de son seuil d'intervention (inexécution totale ; article 1157) »⁵²

Comme nous l'avons vu, le nouvel article 1219 introduit par la Réforme du Droit des Obligations applique un critère d'inexécution suffisamment grave pour qu'un débiteur puisse se prévaloir de l'exception d'inexécution.

Le deuxième alinéa de l'article 1157 de l'avant-projet Catala semble à première vue être une tentative de balancer les relations contractuelles et d'y apporter plus d'équité. Même en cas de cas de force majeure (ou autre cause légitime), le contrat peut être suspendu si l'inexécution n'est pas irrémédiable. Cependant, il est pertinent de s'interroger sur la réelle nécessité de cet alinéa. La force majeure (ou autres causes légitimes telles que les cas fortuits) opèrent comme des exceptions en faveur d'un débiteur lorsqu'il est poursuivi pour faute délictuelle, ou pour inexécution ou faute contractuelle. La suspension du contrat telle qu'envisagée dans le deuxième alinéa de l'article 1157 risque d'emprisonner le créancier dans un contrat qui ne peut être exécuté pendant un temps incertain qui risque d'être long. Il serait donc bénéfique de permettre au créancier d'actionner une clause résolutoire dans les cas de force majeure (ou autres causes légitimes) afin qu'il puisse se

⁵¹JurisClasseur Civil Code > Art.1184, Fasc. 10 : Contrats et Obligations – Obligations conditionnelles. – Résolution Judiciaire, Michel Storck, n.8

⁵² P.42

libérer du contrat ; le débiteur ne subirait pas de préjudice car la force majeure ou autre cause lui éviterait toute obligation de réparation envers le créancier. En l'occurrence, la jurisprudence mauricienne ne reconnaît pas la théorie des risques, comme démontré dans l'extrait suivant de Jurisclasseur qui avait été cité avec approbation dans la décision *Seament International SAL c. The State Trading Corporation* 2000 SCJ 137 :

« Cependant, la jurisprudence ne suit pas la distinction doctrinale entre la résolution judiciaire et la théorie des risques. Elle prononce la résolution aussi bien quand l'inexécution provient d'une cause étrangère que lorsqu'elle est imputable à la faute ou à la négligence du défendeur (Cass. civ., 3 août 1875 : DP 1875, 1, p.409.- Juris-Data no 048143. – CA Versailles, 3^e ch., 5 avr. 1996 : Juris-Data no 041464).

Plusieurs explications peuvent venir justifier cette jurisprudence :

- *Avant le Code Civil, Domat admettait la résolution, même en l'absence de faute du défendeur : 'L'inexécution de la part d'un des contractants peut donner lieu à résolution, soit qu'il ne puisse, soit qu'il ne veuille exécuter son engagement'... ;*
- *Le texte même, de l'article 1184 ne fait pas de distinction entre l'inexécution fautive et l'inexécution fortuite : il précise seulement que le créancier peut forcer son cocontractant à l'exécution 'lorsqu'elle est possible' ce qui oblige à demander la résolution au cas contraire : seuls les dommages intérêts qui accompagnent la demande en résolution doivent être exclus lorsque le débiteur n'est pas en faute ;*
- *En outre, dans la pratique, la solution admise par la jurisprudence permet d'assouplir l'automatisme de la théorie des risques : les juges peuvent ainsi adapter leurs décisions aux circonstances et sauver certains contrats, en prononçant par exemple une suspension de leur exécution.*

La première chambre civile de la Cour de cassation demeure fidèle à ce moment prétorien. Par un arrêt du 2 juin 1982, la première chambre civile censure une cour d'appel qui avait précisément refusé d'appliquer l'article 1184 et de prononcer la résolution judiciaire en se fondant sur le fait que l'inexécution n'était pas imputable au débiteur poursuivi...Attendu qu'il résulte de ce texte que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive et quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet engagement résulterait du fait d'un tiers ou de la force majeure.» (soulignement ajouté)

En l'espèce, la juge Narayen dans la décision *Seament International* avait conclu qu'en présence d'une clause résolutoire de plein droit, elle ne pouvait assouplir (« *tone down* ») la portée et la mise en application de celle-ci, même si l'inexécution du débiteur n'était ni négligente ni fautive.

La possibilité du cocontractant de répliquer que la suspension n'est pas justifiée se prouvera en justice et permettra donc au juge de contrôler *a posteriori* l'application de l'exception d'inexécution.

La Réforme du Droit des Obligations a introduit le nouvel article 1218 en ce qui concerne la force majeure. Celle-ci est définie comme ayant lieu 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 l'obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si 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 1351-1.⁵³ Il appartiendra donc aux juges du fond d'apprécier si un retard justifie la résolution du contrat.

La Law Reform Commission a aussi identifié un manquement potentiel au nouvel article 1157 de l'avant-projet Catala, notamment le fait que celui-ci passe sous silence le fait que l'exception d'inexécution devrait s'appliquer aux obligations devant être exécutées simultanément. La Commission prend pour exemple une vente à crédit, où le vendeur ne peut opposer l'exception d'inexécution à l'acheteur pour le non-paiement du prix, étant donné la nature du contrat. De même, dans un contrat de location d'une chambre d'hôtel, l'hôtel ne pourrait refuser d'exécuter en premier son obligation en invoquant l'exception d'inexécution.

2. La mise en œuvre des clauses résolutoires

Deuxièmement, et comme il apparaît dans les sections précédentes de ce mémoire, le droit mauricien a depuis longtemps reconnu la validité des clauses résolutoires ce qui conforte largement ses utilisateurs car de nombreux contrats de nature commerciale en contiennent. Il appartient alors aux parties de rédiger les clauses résolutoires de manière à refléter leurs intentions contractuelles. Avec une provision telle que le nouvel article 1159 de l'avant-projet Catala ou le nouvel article 1225 introduit par la Réforme du Droit des Obligations, les parties s'efforceraient à désigner de façon claire et non-ambiguë les engagements entraînant la résolution du contrat (contrairement, par exemple, à la clause résolutoire si âprement débattue dans les arrêts *Sewraz Frères c. British American Tobacco* en 2010 et 2013). Si les parties souhaitent que la résolution ait lieu sans mise en demeure,

⁵³ Nouvel 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.* »

Nouvel article 1351-1 : « *Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée.*

Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions à la chose. »

elles devront rédiger cela clairement, comme prévu dans les nouveaux articles 1159 ou 1225. Le créancier devra aussi prendre soin de mentionner de façon expresse la clause résolutoire dans sa mise en demeure. Les juges du fond seront alors amenés à s'assurer que les conditions de la clause résolutoire, ainsi que ces formalités ont bien été remplies, et garderont bien évidemment leur pouvoir modérateur afin de sanctionner les abus de droit ou les comportements caractérisés de mauvaise foi.

3. Résolution et résiliation

Troisièmement, comme nous l'avons vu un peu plus tôt, la jurisprudence mauricienne reconnaît l'existence d'une distinction entre la résolution et la résiliation d'un contrat. Une codification de cette approche jurisprudentielle, telle que suggérée dans le nouvel article 1160-1 de l'avant-projet Catala ou introduite par la Réforme du Droit des Obligations dans les nouveaux articles 1219 et 1220, serait la bienvenue.

4. Résolution et résiliation unilatérales

Quatrièmement, la position constante de la Cour Suprême de Maurice depuis l'arrêt *Nundurchand c. Dabeedin* 1981 MR 241, répliquée dans l'arrêt *Setracorp c. State of Mauritius* 2008 MR 205 selon laquelle un cocontractant est à même de résoudre unilatéralement le contrat dans des cas d'urgence ou de manquements graves de la part de son cocontractant. La Cour Suprême se reconnaît alors compétente pour effectuer un contrôle *a posteriori* afin de déterminer si la résolution unilatérale était justifiée ou non. A titre d'exemple, référence est faite aux passages cités avec approbation dans l'arrêt *Setracorp* extraits de *Jurisclasseur : Contrats et Obligations ; Article 1184 Fasc. 49-1 notes 127 et 128* :

« Une des parties est en droit de rompre le contrat, sans l'intervention d'une décision judiciaire, lorsque l'autre partie a rendu cette rupture nécessaire par un manquement grave aux obligations qui lui incombent, justifiant une résolution immédiate que le juge aurait prononcée sans délai, s'il avait été saisi le jour où elle a eu lieu.

En matière de vente commerciale, il est admis que l'acquéreur puisse décider unilatéralement de résoudre la convention et se procurer les marchandises auprès d'un autre vendeur, soit en cas de retard injustifié de son cocontractant, soit en cas de livraison des marchandises non conformes à ce qui avait été convenu : cette faculté de remplacement est une application particulière du mécanisme de la résolution unilatérale.

Ce n'est pas seulement la gravité de la faute commise par le cocontractant qui peut justifier la résolution unilatérale, ce sont aussi les conséquences qui résulteraient d'une attente du prononcé par les juges de l'anéantissement du contrat.

L'auteur de la rupture unilatérale agit à ses risques et périls : en cas de contestation par la partie adverse, son acte [est] soumis à un contrôle judiciaire a posteriori. Le rôle du juge consiste alors non à prononcer la résolution du contrat mais à vérifier la régularité de la mesure prise par le créancier. Le contrôle est alors double : il faut non seulement vérifier que le débiteur n'a pas exécuté une obligation essentielle du contrat, manquement qui aurait entraîné en cas de saisine du juge le prononcé de la résolution, mais aussi rechercher s'il y avait effectivement cessation d'une relation de confiance entre l'employeur et salarié ou urgence justifiant le dispense d'une action préalable en justice. »

Un cocontractant peut donc, déjà en droit mauricien, se prévaloir dans certains cas d'une résolution unilatérale, sujette au contrôle *a posteriori* de la cour suprême. L'arrêt de la cour d'appel *Bangaridu c. Bhoayrul* 2014 SCJ 26 dont les faits et, qui plus est, la décision de justice elle-même vient confirmer qu'il s'agit d'un manquement grave aux obligations contractuelles qui justifierait la résolution unilatérale par le cocontractant subissant de tels agissements. Le défendeur avait unilatéralement mis fin à un contrat de bail et le plaignant avait obtenu gain de cause devant la cour de district pour la somme des loyers qui auraient été échus pendant la période restante du bail. Une des raisons avancées par le défendeur est que le bailleur avait une obligation de convertir les locaux (alors résidentiels) en locaux commerciaux et que l'inexécution du bailleur équivalait à un manquement grave de sa part. Sur les faits, le magistrat et la cour d'appel rejetèrent cet argument :

« The appellant was only entitled to rescind the contract unilaterally if there was a 'manquement grave aux obligations' which had to be performed by the respondent under the contract. Neither the pleadings nor the evidence disclosed any such manquement. »

Les modalités de la résolution unilatérale sont aussi bien établies en droit français. Les points saillants sont comme suit⁵⁴ :

- Une rupture unilatérale d'un contrat pour manquement grave d'une partie à ses obligations est une résolution et non une résiliation, qui emporte anéantissement du contrat : le débiteur qui a manqué à ses engagements n'est pas fondé à se prévaloir des stipulations contractuelles régissant les conditions et les conséquences de la résiliation unilatérale par le cocontractant.
- La jurisprudence de la Cour de Cassation se fonde sur la gravité du comportement d'une partie. Deux approches sont concevables, selon que l'on se réfère principalement au comportement du débiteur ou au caractère essentiel de l'obligation inexécutée. La

⁵⁴ JurisClasseur Civil Code > Art.1184, Fasc. 10 : Contrats et Obligations – Obligations conditionnelles. – Résolution Judiciaire, Michel Storck, notes 65, 68, 70 et 71

gravité prise en compte ne s'attache pas toujours au caractère essentiel de l'obligation inexécutée et aux conséquences matérielles qui en résultent pour le créancier. Elle peut aussi résulter du comportement du débiteur, lié par exemple à sa déloyauté manifeste.

- La résolution unilatérale est un remède à la mise en péril de l'équilibre de l'opération contractuelle ; c'est en considération de ses seuls effets objectifs que le manquement du cocontractant à ses obligations mérite d'être qualifié de grave.
- L'urgence peut, selon la jurisprudence dominante, être prise en considération pour caractériser la gravité du comportement d'une partie, qui expose le cocontractant à des risques. Toutefois, l'urgence n'est pas une condition nécessaire.
- L'existence d'une clause résolutoire ne ferme pas au créancier la voie de la résolution unilatérale.
- Le débiteur peut introduire *a posteriori* un recours judiciaire pour contester la rupture unilatérale du contrat par le créancier. L'auteur de la rupture unilatérale agit à ses risques et périls : en cas de contestation par la partie adverse, son acte sera soumis à un contrôle judiciaire *a posteriori*. Le rôle du juge consiste alors non à prononcer la résolution du contrat, mais à vérifier la régularité de la mesure prise par le créancier. Le contrôle est alors double : d'une part il est non seulement nécessaire de vérifier que le débiteur n'a pas exécuté une obligation du contrat, manquement qui aurait entraîné, en cas de saisine du juge le prononcé de la résolution, et d'autre part de constater la gravité de ce manquement, justifiant le fait de ne pas attendre le prononcé de la résolution par le juge.
- L'auteur d'une rupture unilatérale irrégulière s'expose ainsi à réparer le préjudice causé au cocontractant par cette résolution abusive et pourrait même être condamné à exécuter le contrat qui a été anéanti de façon intempestive.

Un exemple du contrôle judiciaire *a posteriori* à Maurice s'illustre dans la décision *Dynamic Design Enterprises Inc. c. Palmar Limitée* 2011 SCJ 437. En l'espèce, le demandeur avait assigné devant les tribunaux mauriciens le défendeur pour des dommages subis par le demandeur du fait de la défectuosité de produits textiles livrés par le défendeur, que le demandeur avait par la suite exporté aux Etats-Unis. Le client de ce dernier au regard de la défectuosité de la marchandise l'avait refusé pour ensuite (avec l'autorisation du demandeur) les détruire, un fait dont le défendeur n'était pas au courant. Le juge Lam Shang Leen (qui avait lui-même siégé dans le cadre de l'arrêt *Setracorp*) refusa de sanctionner la résolution unilatérale émanant du demandeur, car la faute de son cocontractant, et donc son inexécution, n'avait pas été prouvée préalablement. Le juge

considéra que le demandeur ne pouvait justifier sa démarche de destruction de la marchandise a raison du fait que le cout de fret pour les retourner au défendeur était exorbitant. Premièrement, l'un des éléments de dommages réclamés était justement le cout de fret de pièces défectueuses calculé à 5,282.64 dollars et deuxièmement, le cout de fret pouvait être demande à titre de dommages et intérêts en vertu des dispositions de l'article 1149 :

« Moreover, the plaintiff cannot unilaterally claim that the contract had come to an end for that part of the consignment. Here again it fails to comply with article 1184 of the Civil Code. I need not repeat the authorities which I had mentioned in the case of Setracorp Ltd v State of Mauritius...that a party cannot unilaterally put an end to the contract without seeking its cancellation before a court of law. In the present case, the suggestion that the costs required to send back the goods to the defendant was prohibitive is preposterous. It did indeed claim 5,282.64 USD for the freight charges of the 733 pieces of garments that it had alleged were defective. The cost to send back the goods could not be said to be prohibitive as anyway, if the plaintiff was right, the defendant would have to pay under article 1149⁵⁵ of the Civil Code. Furthermore, the reason that the goods were so badly damaged is not supported by any evidence. »

Le juge ajouta aussi que le demandeur avait lui-même enfreint l'article 1143 du Code Civil Mauricien⁵⁶, même s'il y avait faute de la part du défendeur.

Les nouveaux articles 1158 et 1158-1 de l'avant-projet Catala seraient donc, sujet à la mise en demeure préalable, une codification de ce qui est déjà applicable en droit mauricien. Les juges du fond auraient alors à statuer *a posteriori* si la résolution unilatérale était régulière, en utilisant les principes énoncés dans l'arrêt *Setracorp* et, en cas d'abus de droit, ceux dans l'arrêt *Sewraz Frères*.

Une question qui pourrait survenir, si les nouveaux articles 1158, 1158-1 et 1159 de l'avant-projet Catala (ou même les nouveaux articles 1225 à 1228 introduits par la Réforme du Droit des Obligations) sont effectivement introduits dans le Code Civil Mauricien, est la suivante : est-ce qu'une partie contractante, dès la réception d'une mise en demeure, aurait-elle le droit de saisir un juge des référés pour obtenir une injonction empêchant la résolution/résiliation du contrat, en attendant une décision finale du juge du fond exerçant un contrôle sur la validité ou non de la résolution/résiliation ? On imagine peut-être que les raisons qui seront avancées seraient de nature économique, financière ou sociale (les conséquences néfastes d'une résolution/résiliation, par exemple l'arrêt d'un commerce qui dépend substantiellement du contrat en question, impliquant des procédures

⁵⁵ « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé sauf les exceptions et modifications ci-après. »

⁵⁶ « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu. »

d'insolvabilité et pertes d'emplois). Les juges des référés bénéficient d'une grande discrétion pour émettre de telles injonctions intérimaires mais il est fort probable que dans la majorité des cas, ils refuseront de le faire car le débiteur aura toujours la possibilité d'attaquer en justice le créancier pour avoir résolu/résilié le contrat et de demander des dommages et intérêts⁵⁷ : en ce qui concerne la pratique générale, lorsque le remède constitue des dommages et intérêts, les juges des référés, sont peu enclins à émettre des injonctions intérimaires.

La jurisprudence mauricienne admet aussi la résiliation unilatérale par une des parties contractantes (qu'il y ait ou non eu inexécution de la part de son cocontractant), sous prétexte que les parties ne peuvent être liées à perpétuité au contrat, comme le démontre l'extrait suivant de la décision *Sewraz Frères (in receivership) c. Nestlé Products (Mauritius) Ltd 2014 SCJ 157* :

«... the true intention of the parties being that either party could terminate under clause 9 by giving the appropriate 3 months' notice as provided therein, because otherwise the contract which is of indeterminate duration would bind the parties in perpetuity (in the absence of any infringement by the plaintiff) which is again both doctrine and jurisprudence. »

Le juge Hamuth reproduit ainsi dans son jugement les sources doctrinales et jurisprudentielles françaises qui confirment la solution ci-dessus. La résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ne sont pas prévues dans la codification proposée par l'avant-projet Catala, ou dans la Réforme du Droit des Obligations. Il serait recommandé d'y prévoir dans une codification envisagée à Maurice.

5. Restitutions

En ce qui concerne les restitutions, les juges du fonds à Maurice ont un large pouvoir d'appréciation des montants ou autres valeurs à être restitués à la suite d'une résolution d'un contrat. Dans cet exercice, ils doivent se fonder sur les preuves et témoignages qui sont apportés devant eux et arriver à une solution équitable. Des provisions telles que les nouveaux articles sur les modalités de restitution, sauf convention particulière entre les cocontractants, seront peut-être des guides précieux aux juges dans cet exercice d'évaluation, quoique les juges mauriciens ont acquis beaucoup d'expérience au fil des années dans l'exercice d'évaluation des dommages et réparations.

⁵⁷ Même si les articles 1158-1 et 1159 de l'avant-projet Catala sont silencieux sur la possibilité d'octroyer des dommages et intérêts au débiteur, celle-ci existerait en droit mauricien suivant la décision de la cour d'appel dans l'arrêt *Sewraz Frères c. British American Tobacco* en 2013, ayant pour fondement les articles 16, 17 et 1134 existants du Code Civil Mauricien.

IV. CONCLUSION

Nous avons donc vu qu'en ce qui concerne la résolution des contrats, le seul texte prévu dans le Code Civil Mauricien est l'article 1184 qui traite uniquement de la résolution judiciaire. Cependant, comme en droit français, cette disposition du Code n'est pas d'ordre public et les parties contractantes peuvent convenir de clauses résolutoires de plein droit, la procédure de résolution judiciaire pouvant être longue, coûteuse et formaliste.

Il est aussi apparent que les tribunaux mauriciens sont soucieux de maintenir les relations contractuelles même en présence de clauses résolutoires de plein droit, notamment en exigeant que de telles clauses soient formellement stipulées et en veillant (soit, *a posteriori*) à ce que les conditions de leurs mises en œuvre aient été dûment remplies. Les tribunaux s'adonnent aussi à une interprétation stricte des clauses résolutoires.

Néanmoins, comme le démontre la décision *Eradhun c. Cassim*, on ne peut écarter la possibilité que dans certains cas, même si les conditions d'application d'une clause résolutoire de plein droit sont présentes, l'interprétation stricte peut avoir pour résultat des conséquences potentiellement injustes envers un débiteur, surtout si celui-ci n'a commis qu'une inexécution partielle (dans le contexte de l'ensemble du contrat) et essaie par la suite de remédier aux inexécutions précédentes. La décision de la cour d'appel *Sewraz Frères Ltd (in receivership) c. British American Tobacco* a donc marqué un tournant positif dans la jurisprudence en reconnaissant un pouvoir modérateur des juges du fond quant à la mise en œuvre des clauses résolutoires de plein droit. Les tribunaux mauriciens seront aussi habilités à examiner le comportement du créancier et sa bonne foi dans l'application de la clause résolutoire de plein droit.

Même si, à première vue, le pouvoir modérateur des juges du fond paraît introduire de l'incertitude quant à la sécurité juridique autour des clauses résolutoires, l'effet contraire peut se produire si les parties contractantes s'efforcent à rédiger les clauses résolutoires plus précises, peut être avec un ou plusieurs échelonnements et la résolution interviendrait après avoir octroyé un certain nombre d'opportunités au débiteur de s'exécuter. Il est mieux de considérer le pouvoir modérateur comme un encouragement aux parties contractantes notamment les créanciers, à adopter des pratiques commerciales plus prudentes et des comportements plus loyaux envers leurs débiteurs. A titre d'exemple, il est une pratique courante que les banques mauriciennes n'anéantissent pas les contrats de prêt aussitôt qu'il y a une inexécution quelconque de la part de l'emprunteur. Cependant, si la banque tolère plusieurs inexécutions sur une longue période de temps, elle risque d'être confrontée à une assignation pour abus de droit si elle actionne brusquement une clause résolutoire dans le contrat de prêt. La banque peut donc, ayant connaissance de la jurisprudence *Sewraz Frères c. BAT*, se protéger de l'application du pouvoir modérateur en s'assurant que ces correspondances avec

l'emprunteur soient toujours sans préjudice et sous réserve de tous ses droits existants dans le contrat de prêt et autres documents bancaires (telles que les suretés).

Nous avons aussi vu que l'avant-projet Catala en 2005 a considéré les lacunes du Code Civil Français (qui est identique sur cet aspect au Code Civil Mauricien) et proposé des codifications dans le Code Civil de plusieurs aspects des clauses résolutoires. Plusieurs de ces propositions ont été introduites dans la Réforme du Droit des Obligations. La Law Reform Commission s'est aussi interrogée sur le bienfondé de telles codifications dans le Code Civil Mauricien. Ces codifications seraient effectivement bénéfiques en prévoyant après beaucoup d'années de jurisprudence, un cadre légal plus certain et plus détaillé aux parties contractantes sur les clauses résolutoires et les résolutions unilatérales. Des améliorations peuvent sans doute être apportées aux provisions telles que suggérées dans l'avant-projet Catala, notamment l'enlèvement de la théorie des risques dans le nouvel article 1157, la confirmation que le nouvel article 1157 ne s'appliquerait que pour les contrats synallagmatiques ou les prestations sont exécutées simultanément et l'addition d'une provision sur la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée.

Une codification telle que proposée par l'avant-projet Catala ou celle introduite dans la Réforme du Droit des Obligations aurait le bénéfice de mettre beaucoup d'emphasis sur la rédaction des clauses résolutoires elles-mêmes et aussi les mises en demeure qui sont servies au débiteur. Cet effort additionnel, doublé de l'existence du pouvoir modérateur des juges du fond à sanctionner tout abus de droit ou mauvaise foi, résulterait en un plus grand équilibre pour les cocontractants, et ce surtout lorsque le créancier est la partie forte du contrat.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

1. Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc. 20 : Contrats et Obligations – Obligations conditionnelles – Dérogations à la résolution judiciaire : les clauses résolutoires, Michel Storck
2. Revue trimestrielle de droit civil, 55, 1957, « La clause résolutoire expresse dans les contrats », par Jean Borricand
3. Jurisclasseur Civil Code > Art. 1184, Fasc. 10 : Contrats et Obligations – Obligations conditionnelles : résolution judiciaire

Jurisprudence mauricienne

1. S. Thanacoody c. New Dairy Co Ltd 1973 SCJ 4
2. Setracorp Ltd c. State of Mauritius 2008 SCJ 26, 2008 MR 205
3. Mohammodally c. Mauritius Cinema Corporation Ltd 1955 MR 15
4. Sewraz Freres Ltd (in receivership) c. British American Tobacco 2013 SCJ 43
5. Sustainable Properties Management Ltd c. Rose-Belle Sugar Estate Board 2014 SCJ 281
6. Pydiah c. Sokapadoo 1965 MR 198
7. Kingtex Ltd and Anor c. Ramsaha 2005 SCJ 155
8. Anderson Ross Holdings Ltd c. The Business Parks of Mauritius Ltd 2012 SCJ 373
9. Cavalot c. De Chalain 1907 MR 42
10. Girdhari D and Anor c. Guirdharry K 2005 SCJ 181
11. Gopal c. Radaelli R 1990 SCJ 318BIS

12. SS Chetty c. Société du Vieux Moulin 2013 SCJ 238
13. Seebaruth c. Naranjee 1975 SCJ 97
14. Crédit Foncier of Mauritius c. D'Hotman & Ux. In re cessio bonorum 1866 MR 28
15. Beeneesreesingh c. Sawmy 1975 MR 142
16. Seament International S.A.L c. The State Trading Corporation 2000 SCJ 137
17. Eradhun c. Cassim 2010 SCJ 145
18. Dulmar Lutchmee Kant c. The Ministry of Housing and Lands et Rajeev Jangi 2015 SCJ 292
19. Sewraz Frères Ltd (in receivership) c. British American Tobacco 2010 SCJ 61
20. South Seas Development Co. Ltd c. The Government of Mauritius 2006 SCJ 126
21. Sewraz Frères Ltd (in receivership) c. Nestlé's Products (Mauritius) Ltd 2014 SCJ 157
22. Nestlé Products (Mauritius) Ltd c. Cascadelle Distribution et Cie Ltée 2016 SCJ 371
23. Synthetic Marble Products Ltd c. Allied Builders Ltd 1998 SCJ 184
24. Mechanisation Company Ltd c. The Mauritius Sugar Terminal Corporation 2013 SCJ 242
25. Nundurchand c. Dabeedin 1981 MR 241
26. Bangaridu c. Bhojrul 2014 SCJ 26
27. Dynamic Design Enterprises Inc. c. Palmar Limitée 2011 SCJ 437

Projets de réforme

1. Avant-projet de réforme du droit des obligations (Avant-projet Catala), 22 septembre 2005

2. Law Reform Commission, « Issue Paper, Law of Contracts and Obligations under Code Civil Mauricien », mars 2013
3. Réforme du Droit des Obligations, ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016.